



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di laurea magistrale a ciclo unico in giurisprudenza

Tesi di Laurea

LE “PRESTAZIONI RIPARATORIE” FRA DOGMATICA E POLITICA CRIMINALE.

Candidata

Valeria Rognini

Relatore

Chiar. mo Prof. Alberto Gargani

Anno Accademico 2013/2014

Ai miei genitori

INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	7
CAPITOLO I.....	10
Reato e punibilità.....	10
Dissociazione fra reato e pena.....	10
1 . Premessa.....	10
1.1 La punibilità nel quadro dell'analisi del reato.....	10
2. La non punibilità.....	19
2.1 La non punibilità come strumento di potere.....	19
2.2 La non punibilità come forma di manifestazione della crisi del sistema penale.....	23
2.3 Non punibilità: ragioni politico-criminali.....	27
3 Cause o condizioni incidenti sulla punibilità: a) condizioni obiettive di punibilità.	30
3.1 (segue) Condizioni obiettive di punibilità "intrinseche" e "estrinseche".....	32
3.2 (segue) b) Condizioni di procedibilità.....	35
3.3 (segue): c) Cause di estinzione.....	36
3.4 (segue) : d) Cause di giustificazione.....	38
3.5 (segue) : e) Cause di non punibilità in senso stretto.	40
3.6 (segue) Cause originarie di non punibilità.....	42
3. 7 (segue) Cause sopravvenute di non punibilità.....	48
4 Analisi di analogie e differenze esistenti tra i fenomeni che incidono sulla punibilità: a) condizioni obiettive di punibilità e elemento costitutivo.....	54
4.1 (segue): b) Condizioni obiettive di punibilità e condizioni di procedibilità.....	60
4.2 (segue): c) Cause di non punibilità in senso stretto e cause di estinzione.....	62
4.3 (segue): d) Cause di non punibilità in senso stretto e condizioni di procedibilità.....	68
4.4 (segue): e) Cause di non punibilità in senso stretto e cause di giustificazione.....	71
CAPITOLO II.....	74
La previsione codicistica di ipotesi di non punibilità connesse a comportamenti sopravvenuti rispetto al reato commesso.....	74
1. Premessa: il ravvedimento operoso.....	74
2. Desistenza volontaria.	76
2.1 Inquadramento dogmatico: la tesi di A. R. Latagliata. Rilievi critici.....	78

2.2 (segue) Desistenza volontaria come causa di giustificazione.....	82
2.3 (segue) Desistenza volontaria come causa di estinzione del reato.....	83
2.4 (segue) Desistenza volontaria come causa sopravvenuta di non punibilità.....	85
3. Cospirazione: casi di non punibilità.....	87
3.1 (segue) Inquadramento dogmatico: causa di estinzione del reato o causa sopravvenuta di non punibilità.....	89
4. Ritrattazione: profili storici.....	93
4.1 Ritrattazione: presupposto applicativo.....	95
4.2 Inquadramento dogmatico della ritrattazione. Premessa.....	96
4.3 La natura processuale della ritrattazione: a) condizione di procedibilità.	97
4.3.1 (segue) Critica.....	99
4.4 (segue) La natura processuale della ritrattazione: b) condizione di improseguibilità dell'azione penale. Critica.....	100
4.5 La natura sostanziale della ritrattazione.....	101
4.5.1 (segue) La ritrattazione come limite alla tipicità dei delitti presupposto. Critica.....	102
4.5.2 (segue) La ritrattazione come causa di risoluzione dei delitti-presupposto, ovvero come causa di sospensione della punibilità dei delitti-presupposto. Critica.....	104
4.5.3 (segue) La ritrattazione come condizione incidente sull'intensità del dolo o sulla capacità a delinquere, ovvero come emenda o come ravvedimento attuoso del reo. Critica.....	107
4.5.4 La ritrattazione come condotta susseguente al reato.....	109
4.5.5 (segue) La ritrattazione come causa estintiva.	110
4.5.6 La ritrattazione come causa sopravvenuta di non punibilità. Ratio dell'art. 376 c.p.	112
4.6 Rapporti della ritrattazione con i delitti-presupposto.	115
4.7 Coerenza e compatibilità costituzionale della ritrattazione. Cenni.....	117
5. Colpa del custode.....	118
6. Insolvenza fraudolenta: profili generali.....	120
6.1 Inquadramento dogmatico: l'adempimento	

dell'obbligazione come causa estintiva "speciale".....	123
6.2 (segue) Inquadramento dogmatico: l'adempimento dell'obbligazione come causa sopravvenuta di non punibilità.....	126
CAPITOLO III.....	128
La tutela penale della sicurezza e della salute del lavoro. Modifiche alla disciplina sanzionatoria e introduzione di un meccanismo premiale.....	128
1. Legislazione penale complementare: ipotesi di non punibilità a seguito della riparazione dell'offesa o del risarcimento del danno - Premessa.....	128
1.1 Diritto penale del lavoro - Generalità.....	131
2. L'apparato sanzionatorio: evoluzione storica.....	132
3. La definizione degli illeciti contravvenzionali sanzionati con l'ammenda o con pena alternativa (art. 301 dlgs. 81/2008) - Premessa.....	137
3.1 La ratio dell'istituto.....	138
3.2 La qualificazione del meccanismo estintivo.	140
4. Un modello "dualistico".....	143
4.1 (segue) Interventi legislativi estensivi dell'ambito di applicazione dell'istituto: dal Dlgs. 758/94 al Dlgs. 81/2008.....	144
4.2 Meccanismo estintivo: rimozione dei limiti procedimentali.....	147
4.3 Il procedimento.....	150
4.4 La prescrizione: natura giuridica.....	152
4.5 La titolarità del potere di prescrizione.....	156
4.6 I casi di impossibilità di emanazione della prescrizione.....	157
4.7 Le ipotesi di regolarizzazione "atipica": ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto..	161
4.8 L'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose in assenza di prescrizione.....	164
4.9 Ampliamento del raggio applicativo dell'istituto..	165
4.10 Meccanismo estintivo: due differenti regimi.....	166
4.11 Il contenuto della prescrizione.	169
4.12 L'esito della procedura: ipotesi fisiologica.....	171
4.13 (segue) L'ipotesi patologica.....	173
4.14 La c.d. oblazione agevolata.....	175
4.15 La tutela del contravventore contro eventuali "abusi" da parte dell'O.d.V.....	176
5. Criterio di definizione e di estinzione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto (art. 302 dlgs. 81/2008) – Premessa.....	178

5.1 (segue) : dalla disciplina originaria all'intervento correttivo.....	179
5.2 Ratio del nuovo istituto.....	181
5.3 Ambito di applicazione.....	182
5.4 Requisiti della sostituzione. Effetto estintivo.....	183
6. Illeciti amministrativi in materia di sicurezza dei lavoratori: art. 301 bis dlgs. 81/2008.....	187
6.1 (segue): art. 302 bis dlgs. 81/2008.....	191
CAPITOLO IV.....	194
Esperienze straniere e prospettive di riforma.....	194
1. Premessa.....	194
1.1 Cenni su alcune delle principali esperienze straniere.....	195
2. Effetti delle condotte riparatorie.....	197
2.1 (segue): Giustizia riparativa nell'ordinamento inglese.....	200
3. Diffamazione. Generalità.....	201
3.1 Diffamazione a mezzo stampa.....	202
3.2 La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa. Premessa.....	205
3.2.1 (segue) Il valore della rettifica.....	206
3.2.2 (segue): la rettifica nell'ambito delle trasmissioni radiofoniche o televisive e in internet.	207
3.2.3 (segue): La rettifica su richiesta della persona offesa.....	208
3.3 "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna al querelante".....	210
4. Reati contro l'ambiente. Premessa.....	212
4.1 Testo Unico sull'Ambiente: art. 257 (cenni).....	212
4.2 Reati contro l'ambiente: il disegno di legge approvato il 24 luglio 2007 dal Consiglio dei Ministri.	215
4.3 Reati contro l'ambiente: Dlgs. 121/2011.....	217
4.4 Reati contro l'ambiente: progetto di legge del 2013.	218
5. Progetto di legge in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio.....	221
BIBLIOGRAFIA:.....	226

INTRODUZIONE

Oggetto del presente lavoro sarà l'analisi di quei fenomeni che creano una dissociazione fra reato e pena e, quindi producono un distacco fra due elementi ritenuti tradizionalmente indissolubili. Per iniziare, sarà necessario analizzare la nascita, lo sviluppo, la *ratio* e l'inquadramento del fenomeno "non punibilità", distinguendolo, opportunamente, da altre situazioni presenti nell'ordinamento, e con essa non coincidenti.

Per capire in modo chiaro la morfologia dell'argomento è necessario notare preliminarmente che, di solito, qualora venga commesso un reato, integrato in tutti i suoi elementi, sia oggettivi che soggettivi, si ottiene l'applicazione della pena stabilita dalla norma incriminatrice violata. In altri casi, alla commissione del reato non segue l'applicazione della pena ma, la non punibilità, in forza della quale, dunque, un soggetto compie un fatto tipico, antigiuridico e colpevole ma non viene punito.

La non punibilità è oggetto di forti discussioni sia in dottrina sia in giurisprudenza, in quanto alcuni sono sempre legati alla tradizionale concezione del diritto penale in logica puramente afflittiva. In questo lavoro, cercherò di dar conto delle principali impostazioni che si sono succedute ed affrontate su questo tema, andando a riconoscere questo

elemento come autonomo e distinto da altri elementi, in virtù di alcune previsioni codicistiche e non solo. Difatti, sia all'interno sia all'esterno del codice penale vi sono molte previsioni in base alle quali è possibile riconoscere l'esistenza e la rilevanza delle cause di non punibilità sopravvenute.

L'indagine, che seguirà a breve, si concentrerà in particolare su alcune fattispecie, presenti nel codice (ad esempio l'art. 376 c.p.) e nelle leggi complementari (ad esempio in materia di sicurezza sul lavoro), che svolgeranno un ruolo fondamentale nella individuazione della *ratio* delle cause di non punibilità sopravvenute, e della loro oggettiva rilevanza all'interno dell'ordinamento. La rilevanza di questo strumento, è data principalmente dal fatto che esso si fonda su una condotta del reo, di segno opposto a quella criminosa, finalizzata all'eliminazione delle conseguenze dannose del comportamento precedente. È uno strumento e un metodo attraverso il quale il legislatore induce l'autore di un reato a tornare sui propri passi, creando, in questo modo, una tutela in *extremis* del bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice violata, la quale concretamente ha fallito.

La rilevanza delle cause di non punibilità sopravvenute viene confermata dalla volontà del legislatore di estendere tale strumento in nuovi ambiti, infatti, saranno oggetto di discussione da parte delle Camere alcune proposte di legge, ad esempio, in materia di diffamazione a mezzo stampa. Al riguardo sarà necessario ricordare anche l'importanza di altre proposte di legge (ad esempio in materia di corruzione) che non prevedono l'introduzione di una vera e propria causa

di non punibilità in senso stretto, bensì intendono introdurre delle circostanze attenuanti, le quali, saranno oggetto di analisi in questo lavoro, in quanto, fondate sulla logica, propria delle cause di non punibilità sopravvenute, di ripristino della situazione precedente o comunque di arresto della progressione dell'offesa e, dunque, incardinate su un comportamento successivo da parte del reo.

Infine, volgendo lo sguardo aldilà dei confini del nostro Paese, la rilevanza di questo meccanismo risulta ulteriormente confermata. Difatti, anche negli altri ordinamenti sono stati introdotti, negli ultimi anni, dei sistemi, o meglio, dei meccanismi finalizzati al ripristino della legalità e, dunque, fondati sulla non punibilità del reo che si adopera per eliminare le conseguenze dannose o pericolose del reato commesso.

CAPITOLO I

Reato e punibilità

Dissociazione fra reato e pena.

1 . Premessa.

Il diritto penale è stato percepito per lungo tempo secondo una logica puramente afflittiva. Infatti, si è per lungo tempo ritenuto che ad ogni violazione della norma penale incriminatrice corrispondesse inevitabilmente l'applicazione di una sanzione penale.

Oggetto del presente capitolo è la descrizione del fenomeno della non punibilità, ossia di quel fenomeno che spezza lo stretto legame esistente fra reato e pena.

1.1 La punibilità nel quadro dell'analisi del reato.

Il tema della struttura del reato è stato oggetto di ricostruzioni eterogenee.

Una prima concezione, sviluppatasi nella Germania nazista, riteneva che il reato dovesse essere concepito come

qualcosa di unico e indivisibile. Dahm, uno degli esponenti della Scuola di Kiel, sosteneva la visione totalizzante del reato, ritenendo che anche l'azione e il reo fossero un tutto e non entità contrapposte. Questa teoria indeboliva ogni tipo di garanzia individuale, riducendo il diritto penale ad uno strumento arbitrario¹. In questo senso la concezione unitaria si collega alla concezione soggettiva del reato, inteso quale ribellione dell'individuo alla superiore volontà dello Stato, espressa con la norma incriminatrice. Il reato non era concepito come lesione del bene giuridico, ma come lesione della fedeltà verso lo Stato.

La prima concezione analitica del reato, nota come teoria bipartita classica, è stata elaborata da esponenti della Scuola Classica (Carrara e Carmignani). Secondo l'impostazione carrarianna, reato ("ente di ragione"), si suddivide in due forze: "forza fisica" e "forza morale", ed ognuna di queste forze ha un lato oggettivo ed uno soggettivo. La forza fisica soggettiva è la condotta del soggetto agente, la forza fisica oggettiva il danno provocato. La forza morale soggettiva è la volontà del soggetto agente, mentre, la forza morale oggettiva è costituita dal cattivo esempio dato agli altri cittadini.

Alla teoria bipartita classica si contrappone la teoria della tripartizione, secondo la quale il reato è composto di tre elementi: fatto tipico, ossia la corrispondenza del fatto storico a quello descritto dalla fattispecie incriminatrice;

¹ Marinucci Dolcini, Corso di diritto penale, le fonti, il reato: nozione struttura e sistematica, 2001, pag. 468 ss.

l'antigiuridicità obiettiva, vale a dire il rapporto di contraddizione tra il fatto e l'intero ordinamento; infine, la colpevolezza, che rappresenta il momento della rimproverabilità².

E' stato elaborato, poi, un ulteriore metodo di analisi del reato che si fonda sulla quadripartizione. Questa presuppone che la nozione di reato non si esaurisca nella rappresentazione del fatto tipico, antigiuridico e colpevole, ma, che sia necessario aggiungere un quarto elemento, la punibilità. In questa prospettiva, si osserva che: "essendo il reato un fatto punibile, la non punibilità non può nascere dopo che il reato è già sorto, e stare fra il reato e la pena". La punibilità non è da confondere con la pena, ma esprime la minaccia di quella, la sua comminatoria. E questa esiste sempre, anche se poi la pena non è concretamente inflitta³.

Tornando alla tripartizione classica, si può osservare che la teorizzazione di Ernst Beling in ordine al concetto di punibilità si fonda su due assunti essenziali. In primo luogo, essa si basa sulla corrispondenza strutturale tra il profilo della tipicità e le condizioni ulteriori di minaccia penale. Si parla di corrispondenza strutturale nel senso che anche le condizioni di punibilità, per quanto estranee al profilo della tipicità, appartengono come quella al concetto di reato, seppure per così dire non al "centro" ma in "periferia". Il secondo assunto, invece, si fonda sulla presa di posizione in ordine all'identificabilità delle condizioni ulteriori della

² Tullio Padovani, Diritto Penale, Milano, 1990, p 102ss.

³ Battaglini, Diritto penale, Padova, 1949, p 279ss.

minaccia penale, ritenute fondate su valutazioni non correlate al momento strettamente penale della illiceità. La categoria di punibilità così delineata appare, da un lato, dipendente dalla struttura delle norme incriminatrici, dall'altro lato, idonea a filtrare in quella struttura valutazioni legate allo scopo perseguito dalla stessa fattispecie, ostacolando o limitandolo a seconda del tipo degli elementi ulteriori.

In questa prospettiva, la non punibilità riguarda situazioni rispetto alle quali lo Stato non è interessato alla punizione.

La riconosciuta eterogeneità degli istituti che si collegano ad una modifica quantitativa o qualitativa della pretesa punitiva non incide, tuttavia, sull'opportunità di una categorizzazione unitaria, per la caratteristica ad essi comune di lasciare impregiudicata la sussistenza degli elementi centrali del reato, condizionando invece la sola punibilità come tale⁴.

Rimane il problema pregiudiziale di come stabilire se un elemento della fattispecie sia centrale o periferico rispetto alla materia del divieto. Beling ritiene che non vi sia un criterio unico e assoluto per risolvere i casi dubbi ma che si debba procedere ad un'interpretazione adeguata della fattispecie di riferimento, con particolare attenzione al bene giuridico realmente tutelato.

La tesi ora riferita delinea un impianto teorico di grande

⁴ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 6 ss.

spessore nella prospettiva di analisi dei fenomeni di dissociazione fra reato e pena. Essa stabilisce le coordinate geografiche⁵ destinate ad orientare la ricerca sul significato delle scelte legislative di non punizione in rapporto all'analisi del reato. Così viene identificato un nucleo centrale che attrae la materia del divieto, differenziato dall'ambiente periferico della fattispecie penale. Di conseguenza, vengono individuati gli elementi che sono rilevanti ai fini della sola punibilità, lo stretto collegamento fra la struttura del fatto tipico e gli elementi che orientano la pretesa punitiva verso esiti modificativi o eliminativi della stessa, la necessità di una categorizzazione unitaria, l'individuazione di ipotesi di eliminazione retroattiva della pretesa punitiva e la loro distinzione rispetto ai casi di non punibilità originaria.

Questi rilievi sono stati solo in parte sviluppati. Ad esempio, dopo aver collegato le ipotesi di non punibilità ad un piano di interessi dello Stato contrapposti rispetto a quelli che hanno presieduto alla formulazione della fattispecie tipica, Beling si astiene poi dall'approfondimento della natura di quegli interessi e, non spiega il motivo per cui gli elementi estranei al disvalore della fattispecie e condizionanti la sola punibilità possano considerarsi elementi del reato, con la conclusione che il loro venir meno comporti che il reato non sussiste⁶.

Resta il fatto che con il paradigma di Beling, la "cartina

⁵ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 10.

⁶ Di Martino, cit.

geografica" dei problemi appare disegnata, in termini dogmatici e pratico applicativi. Si tratta di una mappa che mantiene fino a tempi recenti la sua validità, fino a quando, cioè, la dottrina penalistica si è avveduta della necessità di ricostruire le categorie del sistema penale non più in termini giuspositivistici, ma con apertura al loro significato politico-criminale⁷. Fino a quel momento, però, la discussione sul fenomeno della punibilità di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole ha conosciuto, rispetto alla impostazione di Beling, una progressiva "spiritualizzazione"⁸ intorno a categorie di teoria generale, nonché di concentrazione intorno ad occasioni d'obbligo: condizioni obiettive di punibilità, cause di estinzione del reato, rapporti tra potestà di clemenza e legge penale. Questo processo di "spiritualizzazione" muove da una visione formalistica del reato in funzione dell'applicazione indefettibile, in astratto o in concreto, delle sanzioni tipiche del diritto penale, e appare strettamente legata alle critiche mosse alla teoria tripartita analitica. Questa, si era caratterizzata, per la ricerca di una doppia qualificazione normativa che garantisse, da un lato le esigenze della legalità nella determinazione della materia del divieto, dall'altro, il legame del giudizio formale di sussunzione ad una prospettiva valutativa in rapporto alle esigenze dell'ordinamento nel suo complesso⁹.

La considerazione di istituti che stanno al margine delle

⁷ Di Martino, cit.; Vedi paragrafo 2.3.

⁸ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 12.

⁹ Di Martino, cit.

scelte relative alla definizione della materia del divieto si impone tuttavia, proprio nella prospettiva della tripartizione, in quanto il processo valutativo che mediante l'antigiuridicità si impone al fatto quale elemento centrale della materia del divieto può veicolare situazioni ed interessi non correlati ad una dimensione strettamente penalistica¹⁰. In altri termini, laddove gli interessi extrapenali si manifestino a loro volta irriducibili a quelli idonei a fondare un giudizio di liceità rispetto all'intero ordinamento, è necessaria una categorizzazione unitaria, di tali interessi, come "condizioni ulteriori di punibilità"; affinché in siffatta categoria siano razionalizzati gli interessi estrinseci rispetto alle scelte di incriminazione ma tali da paralizzarne l'efficacia¹¹.

A tale ricostruzione è stata mossa, nella prospettiva formalistica, un'obiezione: questa prospettiva concepisce il precetto, o il reato, solo attraverso lo schema formale dell'intervento sanzionatorio.

Questa prospettiva trova il paradigma essenziale di riferimento nell'opera di Arturo Rocco¹² ed è alimentata da altri contributi fra cui quello di Pagliaro: "non esiste giudizio di disapprovazione giuridica, che non si concretizzi in una sanzione; e non vi è sanzione sfavorevole, che non manifesti una disapprovazione giuridica. Nella terminologia tradizionale: precetto e sanzione sono termini correlativi e

¹⁰ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 11ss.

¹¹ Di Martino, cit.

¹² Arturo Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino 1913.

inscindibili. La norma penale non si limita ad agganciare la propria sanzione a un illecito creato da altre norme. Essa stessa, nel disporre la sanzione, configura l'illecito¹³".

I rapporti fra reato e sua intrinseca punibilità vengono ad assestarsi, in questa prospettiva, su acquisizioni di teoria generale del diritto e delle norme di matrice kelseniana. Kelsen, infatti, riteneva che le norme giuridiche avessero carattere formale e che anche il rapporto fra reato e pena fosse altrettanto formale. Queste implicazioni non vengono adeguatamente valorizzate nelle impostazioni della dottrina italiana. Arturo Rocco ritiene, infatti, che il rapporto fra reato e pena debba essere considerato quale nesso (non meramente formale) fra precetto e sanzione giuridica quali parti essenziali della legge penale. Nonostante questo, lo stesso Rocco riconosce che il precetto penale non esprime una regola giuridica assoluta, valida incondizionatamente e in ogni circostanza, ma relativa, che ammette eccezioni, espresse in norme negative del precetto. Resta, però, la questione relativa alla natura e al significato di tali eccezioni che non viene approfondita nell'opera di Rocco.

La rilevata presenza di ipotesi normative ad efficacia paralizzante della pena avrebbe dovuto portare ad una verifica del significato di tale eccezionalità, che indubbiamente non è riferibile solo a un dato meramente tecnico di formulazione delle norme nell'ordinamento penale.

¹³ Pagliaro, Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato, in Riv. it. dir. proc. pen., 1985, pag. 628.

La storia del diritto penale post-illuministica rivela una costante riflessione sui limiti dell'intervento penale, che di volta in volta si manifesta come crisi di legittimazione del diritto penale, oppure come critica alle pene detentive brevi e a quelle alternative e quindi, in generale, sulla depenalizzazione: temi il cui comune denominatore è dato dall'ingresso delle prospettive politico-criminali nell'analisi giuridica¹⁴.

Le prospettive politico-criminali ruotano attorno a due presupposti: quello che esprime la legittimazione esterna e generale dell'intervento penale, e quello che ne esprime la legittimazione interna e specifica.

Il primo profilo si riferisce ai criteri di scelta di quali condotte debbano ritenersi meritevoli di pena: si tratta del problema se proibire e punire.

Il secondo profilo, invece, riguarda il problema dell'applicazione della norma: di fronte al caso concreto può accadere che la scelta originaria non sia più univoca, e debba essere inoltre delegata ad un altro organo (quello giudiziario) che legittimi dall'interno quella scelta¹⁵.

In altri termini, può accadere che la stessa fattispecie preveda delle condizioni di sua non applicabilità, oppure può accadere che il sistema ricorra a soluzioni di tipo sostanziale, con una traslazione di competenze.

¹⁴ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 11ss.

¹⁵ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 11ss.

2. La non punibilità.

2.1 La non punibilità come strumento di potere.

La prima ipotesi di dissociazione fra reato e pena è rappresentata dalla potestà di clemenza¹⁶.

L'esercizio della potestà di clemenza è stato, sin da tempi risalenti, una tipica forma di manifestazione del potere, dello stesso potere che, contemporaneamente, si avvale della repressione penale e cerca di affermare il suo ruolo nella società.

Da questo angolo visuale si è osservato, ad esempio, come in Inghilterra nel XVII secolo, una classe sociale riuscì ad imporre il proprio dominio mediante la concessione della grazia in presenza di determinate circostanze quali la giovane età, una buona condotta precedente, e il possibile ravvedimento.

La situazione dei rapporti di potere evolve conseguentemente all'affermarsi dei poteri nazionali, fra il XVIII ed il XIX secolo, che conduce alla completa statalizzazione delle strutture giudiziarie ed al monopolio pubblico della repressione penale dei crimini. Più precisamente, si è detto che, il giudice perde il controllo assoluto sulla pena: la scelta della pena è limitata dal principio di legalità e l'amministrazione penitenziaria si occupa della fase dell'esecuzione della pena; la monarchia

¹⁶ Giulia Caravale, *Diritto e Clemenza. Il pardoning power in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, 2010.

assoluta si appropria del potere di grazia. In questa situazione, il potere sovrano finisce per essere l'unico legittimato a derogare alla legge penale; la grazia è, dunque, una eccezione¹⁷.

Vi sono molteplici opinioni dottrinali sulla questione della legittimazione della grazia quale tipica espressione della clemenza.

Beccaria¹⁸ considerava questo potere inutile nel caso in cui le pene previste nell'ordinamento fossero state sempre giuste ed adeguate. La sua opinione è stata condivisa anche da Bentham¹⁹ il quale sosteneva che, il potere di grazia fosse un correttivo necessario solo in caso di leggi troppo severe e che rappresentasse comunque un aspetto negativo del sistema.

Sul punto si espresse anche Gaetano Filangieri²⁰ il quale osservò che se la grazia era giusta la legge era cattiva e viceversa, se la legge era buona, l'esercizio del potere di grazia era abusivo, ovvero contrario all'interesse della società. Possiamo notare come questi autori facessero riferimento non al potere del sovrano, quindi del Re, ma, al potere del legislatore; infatti, richiedevano che vi fosse una legislazione indulgente, umana e giusta.

A metà dell'Ottocento la dottrina italiana ha riconosciuto che, la legge in quanto tale ha in sé un'imperfezione necessaria ed inevitabile e di conseguenza l'indulgenza è da

¹⁷ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 32ss

¹⁸ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

¹⁹ Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, 1802.

²⁰ Filangieri, *La scienza della legislazione*, 1780.

ritenersi legittima.

Né abbiamo un esempio in Carrara: "(...)il bene maggiore dei consociati può essere causa di deflettere dal rigore della giustizia: e da questo fonte medesimo può nascere una serie di cause che si dicono estrinseche della pena; le quali impongono la cessazione, o la modificazione della pena per ragioni che sono inerenti al suo ultimo fine (...) ²¹". Osserva ancora Carrara: " la giustizia sarebbe ferita quando sotto il pretesto di pubblico bene si aumentasse, oltre il prescritto, la pena; perché in quella sta il limite del diritto di punire: essa cioè interviene nel magistero penale onde impedire che si punisca ove esso lo vieta, ma non per imporre che si punisca sempre ove essa lo comanda, se al suo comando non risponde il bisogno della tutela giuridica, o l'obbedirvi espone a pericoli maggiori il diritto che si vuol proteggere ²²."

Constatiamo che Carrara tiene distinte due situazioni: cause determinabili e cause indeterminabili dalla legge. Le cause determinabili dalla legge sono definibili a priori (ad esempio la confessione del reo), le cause indeterminabili invece dipendono da condizioni variabili e da condizioni politiche, hanno carattere straordinario e accidentale.

In base a queste riflessioni, il carattere politico della clemenza è da intendersi come realtà istituzionale afferente al rapporto fra poteri e tradotta in atti qualificati dagli stessi scopi della pena, che collimano con il fine di essa ²³.

²¹ Carrara, Programma del corso di diritto criminale, 1859.

²² Carrara, 1859.

²³ Di Martino, Sequenza infranta, Milano, 1998, pag. 32 ss.

Il rapporto fra i poteri, emerge dalle riflessioni che Carrara svolge sulla competenza, e dalla distinzione fra cause determinabili e non determinabili dalla legge, in quanto le prime sono solo individuate dalla legge poi, in seconda battuta, spetta al magistrato il compito di applicarle concretamente.

Nella seconda metà dell'Ottocento il processo di codificazione è stato portato a buon fine e con esso anche i problemi relativi agli abusi del potere giudiziario ed esecutivo, perciò l'attenzione si è spostata sul monopolio della creazione del diritto e dei suoi limiti. Il problema centrale è quello di stabilire non già se esista, ma a quale potere spetti intervenire sulle scelte di codificazione già cristallizzate nei codici. I testi normativi contenevano ipotesi di non punibilità "politiche", e anche l'individuazione del potere competente ad introdurre deroghe alla legge penale. Ma proprio tali ipotesi riflettevano la non trasferibilità ad altri poteri e la concretizzazione delle valutazioni normative. Tenendo presenti questi profili retrospettivi, possiamo comprendere la convinzione della Scuola Classica, in proposito, al mantenimento dell'uso della clemenza, anche al di là delle ipotesi espressamente codificate, pur sempre nei limiti degli stessi principi.

In questa prospettiva, di connessione funzionale tra le forme di clemenza (grazia e le ipotesi codificate) è interessante notare la mancata distinzione delle stesse in termini sostanziali. Il criterio discrezionale è quello della

competenza ad emanare il provvedimento, quindi un criterio solo apparentemente formale in quanto presuppone una precisa separazione dei poteri: l'esercizio del potere di grazia è riservato all'esecutivo, e la remissione generale spetta al solo legislatore. In forza di ciò, possiamo constatare come si cerchi di contenere il potere esecutivo, ma anche, di sottolineare l'impossibilità - per il legislatore - di riuscire a prevedere tutte le ipotesi di clemenza nel codice.

La situazione sembra essere destinata a mutare con la realizzazione dell'Unità d'Italia, arrivando alla crisi del sistema penale inteso come sistema fondato sulla sola pena detentiva.

Da questo angolo visuale, la Scuola Positiva, riconosce che l'applicazione della legge penale è anche subordinata alla volontà sovrana, nelle forme di amnistia, indulto e grazia, almeno nella forma in cui tali ipotesi possano giovare alla pacificazione sociale, perchè riferite a delitti politico-sociali. Ma negli altri casi l'amnistia non ha ragion d'essere²⁴.

A questo punto è evidente che il problema si sposta sul sistema penale nel suo complesso, del quale il positivismo criminologico affronta la crisi di funzione.

2.2 La non punibilità come forma di manifestazione della crisi del sistema penale.

La crisi del sistema penale è stata innescata dalla

²⁴ Di Martino, La sequenza infranta, Milano, 1998, pag. 38ss.

polemica sulle pene detentive brevi, e finisce per legare il ripensamento sul significato della sanzione criminale, sui suoi contenuti e limiti con la riflessione sugli aspetti che comportano l'esclusione della sanzione penale. Questo è definito come il periodo di "fuga dalla sanzione detentiva"²⁵. Si tratta di una fuga non programmata ed ordinata, bensì incontrollabile e contraddittoria.

Qui interessa porre in rilievo l'esistenza di una simmetria fra inflazione del diritto penale e diffusione delle cause di non punibilità, ma anche una modifica della loro struttura e, in alcuni casi, definizione di nuove tipologie non riconducibili a quelle previste dal codice. In questa direzione, lo strumento della non punibilità finisce per diventare per il legislatore uno strumento per non affrontare i problemi relativi alla ineffettività della sanzione penale²⁶; ineffettività che si ricollega non solo all'eccessivo incremento delle fattispecie ma anche, alla difficoltà di adeguare la risposta penale alle esigenze di una realtà turbolenta. La non punibilità in funzione di "mascheramento" dell'ineffettività può allora diventare, il mezzo di "auto-contenimento" del legislatore, mirato al perseguimento di scopi ulteriori e diversi, in quanto non vi è certezza su quali siano i beni la cui tutela deve essere perseguita²⁷.

Un esempio tipico del ricorso alla non punibilità in funzione di "mascheramento" dell'ineffettività del sistema

²⁵ Padovani, *L'utopia punitiva*, 1981, p 68ss.

²⁶ Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, 1990, p 533ss.

²⁷ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 48 ss.

penale, è dato in materia edilizia, dove sono previste (l. 47/1985) ipotesi di oblazione a fattispecie complessa, cioè o integrata da un parallelo procedimento amministrativo e dalla contemporanea sospensione del procedimento penale (art. 35 ss l.cit.), oppure in cui l'estinzione si ricollega al rilascio della concessione in sanatoria (art. 22 l.cit.).

Si è mostrato in proposito come, a partire dal secondo dopo guerra, abbia dominato in Italia un orientamento della spesa pubblica verso infrastrutture la cui funzione rispondeva principalmente ad interessi privati, non coincidenti con quelli di un uso razionale dello spazio e della salvaguardia dei valori e dei beni ambientali. Spesso la necessità di costruire è stata creata artificialmente²⁸, allo scopo di adottare procedure di spesa sottratte ai normali controlli amministrativi e ambientali. Quanto appena descritto, rappresenta un chiaro esempio di come le ipotesi di non punibilità possano essere divenute espressione delle difficoltà o dell'impotenza del potere pubblico a gestire l'evoluzione della realtà.

Per altro verso, la non punibilità si pone al crocevia tra bene da proteggere e scopo da raggiungere. E, proprio attraverso la dialettica fra precetto, sanzione e non punibilità, può accadere che venga progressivamente a definirsi un equilibrio che, in assenza di un bene giuridico consolidato, fa sì che la conciliazione non raggiunta si esprima in un nuovo bene giuridico inteso in senso

²⁸ Di Martino, cit.

funzionale²⁹.

Con questa evoluzione sembra chiudersi il cerchio. La dissociazione fra scopi perseguiti dal legislatore e beni meritevoli di tutela penale, passando per la crisi degli strumenti di repressione penale ritorna, per così dire, all'origine, ma dopo un considerevole mutamento. Tale mutamento riguarda il legame con l'emergere di nuovi beni, ad esempio l'ambiente.

In altri termini, è il bene giuridico che cambia aspetto, e cambia anche la fisionomia della norma incriminatrice. Si parla in proposito, da tempo, di norme a tutela di funzioni, ovvero di fattispecie che puniscono l'inosservanza di norme di organizzazione in cui è confluito uno scopo di pubblica utilità³⁰.

Va altresì aggiunto, che la tendenza alla "procedimentalizzazione" della tutela muove da due ulteriori direzioni. In primo luogo, la rilevata impossibilità di determinare in astratto tutti gli elementi di ogni fattispecie, comporta una delega verso il basso, quindi rivolta al potere giudiziario ed amministrativo, della responsabilità di gestione e soluzione dei conflitti che solitamente vengono risolti al momento della formulazione della norma penale. In secondo luogo, la delega verso il basso acquisisce rilevanza con riferimento ai rapporti fra diritto sostanziale e processo³¹.

²⁹ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 48 ss.

³⁰ Di Martino, cit.

³¹ Vedi § cause "sopravvenute" di non punibilità.

2.3 Non punibilità: ragioni politico-criminali.

In linea generale, la spiegazione politica dell'eventuale scissione fra illiceità penale e pena, si presenta come il tentativo di assicurare sul piano teorico, l'indefettibilità del rapporto fra minaccia di pena e reato. In questa prospettiva, non si distingue fra ragioni politico criminali e ragioni di opportunità politica intese come extra-penali.

L'espressione ricorrente in proposito è del tipo: vi sono casi in cui, pur ricorrendo un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, non si applica la pena prevista dalla legge, e ciò per la presenza di cause o circostanze, espressamente previste, che trovano il loro fondamento in ragioni di utilità, di politica criminale, o di opportunità politica³².

Parallela a questa versione dei motivi di opportunità, nè possiamo individuare un'altra più evoluta e meditata, sviluppatasi in Germania. In particolare, si è sostenuto che l'esonero dalla pena in alcune ipotesi poteva configurarsi come fondata non su ragioni politico-criminali ma su bilanciamenti extra-penali di interessi, cioè vennero introdotte nel diritto penale valutazioni in base alle quali il conseguimento di fini extra-penali, attraverso il bilanciamento con il bisogno di pena, finiscono per avere la prevalenza. Nel primo caso, ovvero non punibilità derivante da scelte politico criminali, il legislatore decide di non punire

³² Di Martino, *La Sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 98ss.

quel fatto tipico antigiuridico e colpevole in quanto la pena sarebbe “inopportuna”; nel secondo caso, invece, la non punibilità del soggetto che ha commesso un fatto tipico antigiuridico e colpevole non sarebbe in alcun modo giustificata all'interno del diritto penale, rivelandosi sempre in una disparità di trattamento³³. Questa bipartizione ha conseguenze giuridiche rilevanti. Nel caso di non punibilità per ragioni politico-criminali, il concorrente estraneo sarebbe sempre punibile; e in caso di errore sull'esistenza di una scusante che in realtà non è presente vi sarebbe una diminuzione di pena o in alcuni casi la non punibilità. Diversamente deve ritenersi ove ricorrano cause di esclusione di pena oppure nel caso di condizioni obiettive di punibilità, in questi casi l'errore è sempre irrilevante.

Questa concezione deve essere criticata almeno nel suo presupposto, cioè l'esistenza di bilanciamenti extra-penali, in base ai quali prevale l'interesse extra penale su quello penale della punizione. Tale presupposto dipende dall'idea che la tipicità della fattispecie penale serva alla realizzazione del principio di legalità, ma allo stesso tempo in questa realizzazione formale essa esaurisca la sua funzione. A questa impostazione si è obiettato, che il principio di legalità definisce la forma ma non il contenuto della fattispecie penale. In questa direzione, già il fatto tipico appare come soluzione di un conflitto fra istanze che premono, le une a favore, le altre contro la minaccia di pena. Preme rilevare,

³³ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 98ss.

tuttavia, che se le istanze politico-criminali in tanto rilevano per la dottrina, in quanto si traducano in fattispecie tipiche, tale circostanza deve valere sia per le norme incriminatrici, sia per le proposizioni prescrittive a sanzione positiva.

Non si comprende perchè si pretenda di espungere il piano degli interessi dalla struttura della norma incriminatrice quando non solo dovrebbe essere recuperato, ma anche assumere il ruolo fondante della tutela, necessario per distinguere due categorie di istituti, durante l'esame dei requisiti di esclusione della tutela penale.

Del resto, la stessa norma penale si fonda su un bilanciamento di interessi che viene effettuato al momento della formulazione della norma. Da ciò deriva, in secondo luogo, che non ha senso schierare gli interessi penali da una parte e quelli extra-penali dall'altra. Delle due l'una³⁴: o tali interessi non possono essere bilanciati; oppure possono sempre essere bilanciati, ed allora non ha senso distinguere su questa base due categorie di cause di esclusione della pena. Si tratta della volontà del legislatore di non reagire con la pena ad ogni azione colpevole, e di riservarsi piuttosto la decisione se, in caso di comportamento colpevole, abbia senso l'infrazione di pena. Se si accetta tale conclusione, se ne deve trarre il corollario che il bilanciamento di interessi penali e extra-penali realizza una funzione della politica criminale³⁵.

³⁴ Di Martino, cit.

³⁵ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, pag. 98ss.

3 Cause o condizioni incidenti sulla punibilità: a) condizioni obiettive di punibilità.

La scelta politico-criminale di punire o meno un determinato comportamento qualificato come fatto tipico, antigiuridico e colpevole, può essere effettuata utilizzando sia cause che fondano la punibilità sia cause che la escludono.

Le cause che escludono la punibilità di un reato integrato in tutti i suoi elementi, sono: le condizioni di procedibilità, le cause di estinzione, le cause di non punibilità in senso stretto. Al riguardo sarà necessario fare un cenno anche alle cause di giustificazione, le quali incidono su un fatto già penalmente rilevante.

Le cause che fondano la punibilità sono, invece, rappresentate dalle c.d condizioni obiettive di punibilità.

Le condizioni obiettive di punibilità derivano, storicamente, dai poteri discrezionali che il diritto dell'*Ancien Régime* riconosceva al giudice o al sovrano nell'apprezzare se un reato dovesse essere punito, in rapporto alla condizione personale dell'autore, o alle circostanze del fatto, o alla opportunità politica.

Con l'avvento della riforma illuministica e con la connessa affermazione del principio di legalità e uguaglianza, tali ipotesi vennero meno. Ma poichè in alcune figure criminose erano effettivamente apprezzabili motivi particolari suscettibili di condizionare l'opportunità della repressione, si procedette alla loro codificazione normativa,

subordinando la punibilità del reato al verificarsi di determinati eventi espressivi appunto di tale opportunità.

Dal punto di vista fenomenologico, la condizione obiettiva di punibilità può essere costituita da un atto o da un fatto della più varia natura, dipendente, o meno, in termini causali, dalla condotta dell'agente³⁶.

L'art. 44 c.p. disciplina le condizioni obiettive di punibilità: “quando, per la punibilità del reato, la legge richiede il verificarsi di una condizione, il colpevole risponde del reato, anche se l'evento, da cui dipende il verificarsi della condizione, non è da lui voluto”.

L'art. 158 c.p., stabilisce che: “quando la legge fa dipendere la punibilità del reato dal verificarsi di una condizione, il termine della prescrizione decorre dal giorno in cui la condizione si è verificata”.

Combinando l'art. 44 con l'art. 158 si può osservare che le condizioni obiettive di punibilità sono avvenimenti obiettivi estranei alla condotta illecita ed ad essa successivi³⁷. Si tratta di quelle situazioni, espresse in norme incriminatrici, che non descrivono l'offesa al bene giuridico, ma esprimono solo valutazioni di opportunità in ordine all'inflizione della pena.

Un esempio tipico di condizione obiettiva di punibilità è quello previsto all'art. 424 c.p. Il verificarsi del pericolo nel danneggiamento seguito da incendio, è condizione obiettiva di punibilità in quanto se il pericolo fosse voluto si ricadrebbe o nella fattispecie di incendio per il caso dell'art.

³⁶ Padovani, Diritto penale, IX Edizione, pag. 353 ss.

³⁷ Antonio Pagliaro, Trattato di diritto penale, 2007, pag. 225ss.

424, comma 1, oppure, nella fattispecie di inondazione, naufragio etc..³⁸. Se un soggetto appiccasse il fuoco alla cosa propria con l'intenzione di cagionare un incendio e il pericolo di incendio non si verificasse, egli non sarebbe punibile. Neppure sarebbe punibile se l'incendio si fosse verificato, in quanto manca il dolo specifico necessario per l'applicazione dell'art. 424; manca la derivazione del pericolo per la pubblica incolumità dall'incendio verificatosi, per l'applicazione dell'art. 423, comma 2; infine manca l'altruità della cosa, per l'applicazione dell'art. 635.

3.1 (*segue*) Condizioni obiettive di punibilità "intrinseche" e "estrinseche".

All'interno delle condizioni obiettive di punibilità si deve operare una ulteriore distinzione, fra condizioni estrinseche e intrinseche. Le prime sono le condizioni che esprimono ragioni di opportunità cui la norma subordina la punibilità del reato già perfezionato. Le condizioni intrinseche, invece, vengono definite in due modi diversi: come accadimenti lesivi del bene protetto, partecipi al profilo offensivo del fatto; oppure, come condizioni che qualificano l'interesse leso dal fatto costitutivo di reato. Le due prospettive, divergono in ordine all'ampiezza della subcategoria delle condizioni intrinseche, che la prima dilata in maniera sensibile (includendovi tutte le ipotesi in cui l'elemento

³⁸ Cassazione penale, 20 Novembre 1995.

condizionale è causalmente legato al fatto), mentre la seconda circoscrive all'ipotesi della declaratoria fallimentare nel quadro dei delitti di bancarotta³⁹.

Le motivazioni che stanno alla base della configurazione di condizioni intrinseche in quanto partecipi dell'offesa possono, in definitiva, riassumersi nell'esigenza di consentire una imputazione colposa di tali elementi, ed assicurarne, di conseguenza, un ragionevole equilibrio con il principio di colpevolezza. In questo ordine di idee, un'autorevole voce della dottrina⁴⁰ ha teorizzato la riconduzione delle condizioni obiettive di punibilità in ambito costituzionale, ricorrendo allo schema della imputazione soggettiva per colpa. Infatti, secondo questa teoria, il rispetto del principio costituzionale di colpevolezza sarebbe pienamente garantito attraverso la creazione di un meccanismo di imputazione differenziato, ma parallelo, fondato, cioè, sulla differente carica lesiva che, rispettivamente, contengono gli elementi condizionali e quelli costitutivi. Questa soluzione è considerata dal suo autore perfettamente in linea con il dettato di cui all'art. 44 c.p, dal momento che questo si limita a vietare unicamente una imputazione soggettiva a titolo di dolo.

Una ricostruzione, questa, considerata del tutto inaccettabile da un altro Autore⁴¹, a causa della evidente

³⁹ Marco Zanotti, punibilità (condizioni di), in Digesto X, 1995, pag 534 ss.

⁴⁰ F. Angioini, Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, pp 1446 ss.

⁴¹ V.N. D'Ascola, Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità, in Riv. it. dir. proc. pen., 1993, pp. 667 ss.

incompatibilità strutturale di colpa e condizioni di punibilità. In effetti, è dato ritenere che, così opinando, l'evento condizionale sarebbe, di fatto, sempre prevedibile e potrebbe, altresì, essere evitato solo astenendosi dal compiere la condotta vietata.

La Corte Costituzionale è intervenuta sul principio di colpevolezza: "(...) la colpevolezza costituzionalmente richiesta, come avvertito dalla più recente dottrina penalistica, non costituisce elemento tale da poter esser, a discrezione del legislatore, condizionato, scambiato, sostituito con altri o paradossalmente eliminato. (...) A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto. (...) "⁴². In base a questa pronuncia si è affermato che le condizioni intrinseche non si sottraggono al principio di colpevolezza, sicché rispetto al loro verificarsi l'atteggiamento psichico dell'agente deve essere caratterizzato almeno dalla colpa.

Le condizioni estrinseche invece, non incidono sull'offesa al bene giuridico, come il pubblico scandalo nell'incesto (art.

⁴² Corte Cost., sent. 364/1988.

564). Non sono imputate al reo e condizionano soltanto l'opportunità di punire un fatto già offensivo⁴³. Si deve precisare che esse rientrano tra i fenomeni che non presuppongono alcun effettivo accertamento di responsabilità in ordine al reato a cui si riferiscono. Il giudizio di punibilità del legislatore si è qui tradotto in un giudizio sul fatto e sullo scopo della sua punizione sbilanciato a favore delle considerazioni di scopo. In questa prospettiva si è spiegato che "le condizioni di punibilità estrinseche interagiscono con quell'aspetto della prevenzione generale che si riferisce alla necessità o alla opportunità di accertare la responsabilità e di infliggere la pena⁴⁴".

3.2 (*segue*) b) Condizioni di procedibilità.

Le condizioni di procedibilità sono atti ai quali la legge subordina l'esercizio dell'azione penale in relazione a determinati reati per i quali non si debba procedere d'ufficio. Sono condizioni di procedibilità la querela, l'istanza, la richiesta, e l'autorizzazione a procedere. Gli istituti menzionati sono tradizionalmente costruiti come "condizioni" per l'esercizio dell'azione penale; in realtà, in mancanza di una condizione di procedibilità si possono compiere soltanto "gli atti di indagine preliminare necessari

⁴³ Antonio Pagliaro, Trattato di diritto penale, 2007, p 225ss.

⁴⁴ Tullio Padovani, Il traffico delle indulgenze- premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità, 1986, p 401ss.

ad assicurare le fonti di prova" (art. 346 c.p.p).

La querela, consiste nella manifestazione della volontà, espressa dalla persona offesa, che l'autore del reato sia punito. La procedibilità a querela è prevista dalla legge: per i delitti di minore gravità, nei quali l'apprezzamento della lesione subita dipende dalla valutazione che su di essa esprime la persona offesa; per i delitti nei quali la procedibilità d'ufficio potrebbe imporre alla vittima un pregiudizio particolare (ad es. art. 609 septies c.p).

La richiesta e l'istanza sono condizioni di procedibilità previste per i reati commessi all'estero e in pochi altri casi (ad es. art. 127 c.p).

3.3 (*segue*): c) Cause di estinzione.

Sotto il titolo "della estinzione del reato e della pena", il codice penale del 1930 ha previsto le cause che in vario modo determinano l'estinzione della punibilità. Il codice del 1989 parlava in proposito di cause di estinzione dell'azione penale (corrispondenti alle attuali cause di estinzione del reato) e di cause di estinzione della condotta (corrispondenti alle attuali cause di estinzione della pena), attribuendo in tal modo al fenomeno estintivo una rilevanza strettamente processuale⁴⁵. Si tratta di una prospettiva ancora oggi seguita da una parte della dottrina, soprattutto in riferimento a talune cause estintive del reato la cui applicazione non

⁴⁵ Padovani, Diritto penale. IX Edizione, p 358.

implica un previo accertamento della responsabilità (ad es. la prescrizione del reato, che deve essere immediatamente dichiarata dal giudice a norma dell'art. 129 cpp). Poichè l'estinzione del reato presuppone la sua effettiva esistenza, le cause estintive applicate a prescindere dall'accertamento della responsabilità paralizzerebbero in realtà soltanto il processo penale: il loro effetto sostanziale risulterebbe solo apparente, in quanto si tratterebbe di un mero riflesso della paralisi operata sul processo. Non vi è tuttavia dubbio che la sentenza dichiarativa della causa di estinzione consolida stabilmente i suoi effetti sul piano sostanziale, impedendo in ogni caso un secondo giudizio per lo stesso fatto nei confronti del medesimo soggetto⁴⁶.

Le cause di estinzione si fondano, dunque, su un effetto sostanziale e questo o si è già prodotto e viene solo accertato nel processo (ad esempio la prescrizione), o è prodotto all'interno del processo, sulla base di condotte processuali (ad esempio l'oblazione), oppure è prodotto grazie all'esercizio del potere discrezionale del giudice (ad esempio il perdono giudiziale)⁴⁷.

Va altresì aggiunto che, le cause estintive del reato e della pena si differenziano per la diversa ampiezza degli effetti estintivi, che è massima per le cause estintive del reato applicabili "prima" della condanna definitiva, mentre scema progressivamente per le cause estintive del reato applicabili "dopo" la condanna definitiva, ed ancor più per le cause

⁴⁶ Padovani, Diritto penale, IX Edizione, p 358ss.

⁴⁷ Di Martino, La sequenza infranta, Milano, 1998, p 262ss.

estintive della pena (la morte del reo dopo la condanna, l'estinzione della pena per decorso del tempo, l'indulto e la grazia ecc.).

3.4 (*segue*) : d) Cause di giustificazione.

In una prospettiva generale, il problema che si delinea rispetto al fenomeno delle cause di giustificazione, o meglio, dell'antigiuridicità obiettiva, concerne i suoi rapporti con il fatto tipico. Invero, mentre il fatto tipico nasce da una valutazione riferita ad un confronto fra interessi esistenti anteriormente alla qualificazione normativa, le cause di giustificazione impongono di valutare la rilevanza di determinate situazioni rispetto ad un fatto già giuridicamente qualificato come penalmente rilevante⁴⁸. La causa di giustificazione incarna un interesse in forza del quale la condotta realizzata viene considerata lecita alla stregua dell'intero ordinamento.

Le cause di giustificazione si ispirano al principio del bilanciamento di interessi in conflitto; la prevalenza dell'uno o dell'altro è condizionata ad una valutazione comparativa del loro rispettivo valore: così, ad esempio, la presenza di una aggressione ingiusta non legittima qualsiasi tipo di reazione difensiva, ma soltanto quella che sia proporzionata all'offesa.

Inoltre, le cause di giustificazione soggiacciono alla regola

⁴⁸ De Francesco, Diritto penale - I fondamenti , Torino, 2008, p 241.

della rilevanza obiettiva (art. 59 c.p). Essa è correlata al tipo di qualificazione che le scriminanti comportano: la liceità o la illiceità del fatto, per essere obiettiva, non può dipendere dall'atteggiamento personale del soggetto, il quale può dunque non sapere che il fatto è giustificato, o supporre addirittura che non lo sia. Questo non significa che le singole fattispecie scriminanti non possano includere al loro interno dei requisiti di natura soggettiva.

Il codice penale non utilizza mai l'espressione cause di giustificazione o scriminanti. Esso si limita a dichiarare non punibile il fatto commesso in una determinata situazione, o a parlare in generale di circostanze che escludono la pena, o di circostanze oggettive e soggettive che escludono la pena (art. 119 c.p).

Spetta dunque all'interprete stabilire quali, tra le ipotesi di non punibilità previste dalla legge, siano da ricondurre nell'ambito delle fattispecie scriminanti⁴⁹. Nessun dubbio si manifesta per le ipotesi previste dagli artt 50 e ss del c.p, che sono: consenso dell'avente diritto, esercizio di un diritto o adempimento di un dovere, legittima difesa, uso legittimo delle armi estato di necessità. Esse rappresentano cause di giustificazione "comuni", suscettibili di applicarsi a qualunque fatto di reato.

Nulla esclude che possano essere individuate cause di giustificazione speciali, cioè previste di volta in volta nelle singole fattispecie incriminatrici (ad es. art. 728 c.p)⁵⁰.

⁴⁹ Padovani, Diritto penale, IX Edizione, p 141ss.

⁵⁰ Padovani, Diritto penale, IX Edizione, p 141ss.

Non è ammissibile però, individuare scriminanti non codificate. Esse sarebbero, infatti, consuetudinarie e questo sarebbe contrario al principio di gerarchia delle fonti.

3.5 (*segue*) : e) Cause di non punibilità in senso stretto.

Delle cause di non punibilità in senso stretto non è unanimemente riconosciuta l'esistenza, non ritenendosi possibile da taluno ammettere che possa esistere un reato senza punibilità, con la conseguenza che tali casi vengono ricondotti ad ipotesi di esclusione del reato per mancanza dei suoi presupposti, caratteri o elementi costitutivi. Tuttavia la maggior parte degli studiosi ammette che questa categoria sussiste, essendo indubbio che in alcuni casi l'esclusione si riferisce unicamente alla punibilità⁵¹.

L'autonomia delle cause di non punibilità in senso stretto risulta sia da argomenti esegetici tratti dal codice, sia dalla impossibilità di ricondurle ad altre categorie che escludono il fatto, la sua illiceità o la colpevolezza, di conseguenza escludono la pena, e non infrangono il principio *nullum crimen sine poena*.

L'art. 203, comma 1 c.p stabilisce che: “ agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso i fatti previsti nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati.”.

⁵¹ Giovanni Pioletti, Punibilità (Cause di esclusione della), in Digesto X pag 526

Siccome non è possibile applicare le misure di sicurezza se non alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato, se ne deduce che "il legislatore aveva chiaramente in mente l'esistenza di circostanze diverse da quelle di non imputabilità, ma simili negli effetti pratici, influenti sulla esistenza della pena, preclusive della applicazione della pena, non invece di quella delle misure di sicurezza"⁵².

Ma a parte la compatibilità teorica delle cause che escludono la punibilità in senso stretto con il modello di codice delineato dal legislatore, la riconducibilità delle specifiche ipotesi individuate a una categoria autonoma, risulta evidente quando si accerti che la loro presenza non sia inquadrabile in altre categorie che fanno venire meno un elemento del reato, il che significa che la loro presenza è compatibile con la sussistenza di un fatto illecito e colpevole. Chiarito questo, l'unico ostacolo ad ammettere tale categoria può consistere nella difficoltà di riconoscere la sussistenza di un reato del quale sia esclusa la punibilità, il che, in altri termini, significa convenire che la punibilità non è elemento essenziale del reato.

Non è agevole infatti, nella categoria in esame, ritenere la punibilità elemento indefettibile del reato non tanto nelle cause originarie di punibilità quanto piuttosto in quelle sopravvenute, che intervengono quando il reato è integrato in tutti i suoi elementi.

⁵² Grosso, Cause di giustificazione, in Enc. giur. Treccani, VI, Roma, 1988, 1.

Del resto non è agevole includere in qualche modo la punibilità tra gli elementi del reato perchè essa non attiene nè al fatto tipico, nè all'antigiuridicità, nè alla colpevolezza, mentre il fatto che sia possibile scindere il reato dalla sua punibilità risulta già dalle condizioni obiettive di punibilità⁵³.

3.6 (*segue*) Cause originarie di non punibilità.

In alcuni casi l'intervento della causa che produce l'effetto di interrompere la dinamica della pena avviene al momento stesso della comminatoria edittale. Il legislatore stabilisce già a priori, l'inapplicabilità della sanzione al ricorrere di determinati rapporti di carattere personale fra autore e vittima.

E' noto che, in relazione alle ipotesi di non punibilità originaria, si discute se esse siano *tout court* configurabili, o non si debba piuttosto ritenerle ipotesi di mancanza di tipicità del fatto. In questa prospettiva, si sostiene come non si possa discutere di esistenza del reato quando nessuna conseguenza penale è prevista dall'ordinamento per il fatto commesso. E' stato anche precisato che il reato in quelle situazioni non sorgerebbe affatto, per mancanza di una norma incriminatrice rivolta a quel soggetto⁵⁴. Inoltre è stato affermato che il concetto di reato non punibile è insostenibile proprio in quanto intacca la valenza

⁵³ Giovanni Pioletti, Punibilità (Cause di esclusione della), in Digesto X pag 526 ss.

⁵⁴ Petrocelli, Reato e punibilità, 1960, p 669ss.

intimidatrice connaturale al diritto penale⁵⁵. Secondo queste prospettive il reato e la sanzione sono indissolubili.

Da un altro angolo visuale, si è precisato che la previsione di una pena, cioè una sanzione negativa specifica, per un fatto descritto dalla norma, attribuisce a tale norma la qualifica di norma penale incriminatrice. In questa prospettiva, dobbiamo rilevare come accanto alle sanzioni negative, sono presenti anche sanzioni positive che al contrario delle precedenti non incidono sul carattere penale della norma.

La fattispecie tipica cui accede la causa originaria di non punibilità non è quella della norma incriminatrice, bensì quella della norma a sanzione positiva. La conseguenza di questo inquadramento è che il problema essenziale si sposta dalla relazione fra reato e pena, alla relazione fra fattispecie incriminatrice e fattispecie della norma a sanzione positiva⁵⁶.

Questa tesi, che propone il raffronto fra fattispecie incriminatrice e a sanzione positiva ha il pregio di creare una correlazione fra causa di non punibilità e fatto descritto nella norma incriminatrice. Questo legame è rilevante sotto due aspetti. Anzitutto, si tratta di istituire una doppia qualificazione del fatto: da parte della norma con sanzione negativa e da parte della norma con sanzione positiva. In secondo luogo, il legislatore dopo aver tratteggiato la fattispecie incriminatrice, si riserva di ritornare sul fatto utilizzando la norma a sanzione positiva in modo da far

⁵⁵ Stortoni, Estinzione del reato e della pena, 1985, p 409ss.

⁵⁶ Di Martino, La sequenza infranta, Milano, 1998, p 195ss.

filtrare le considerazioni attinenti allo scopo. Dunque, con l'apposizione del fatto tipico antigiuridico e colpevole come precetto di una norma a sanzione positiva, il legislatore riqualifica l'assetto dell'offesa prodotta da quel fatto, alla luce di valutazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle sulle quali si poggia il precetto della norma a sanzione negativa. Tali valutazioni concretizzano il giudizio del legislatore sul senso della pena rispetto ai casi in cui si verifichi l'elemento che attiva il rapporto fra le norme di segno opposto. Il giudizio sul senso della pena pur sempre si traduce in una norma e, in questa prospettiva, il problema che primariamente si pone è quello delle condizioni di validità di quella norma.

In linea generale la soluzione di tale problema non pare di eccessiva difficoltà, dato che il controllo delle valutazioni di scopo può operare attraverso gli strumenti ordinari di controllo su norme: il sindacato di legittimità sulla base dei parametri costituzionali. Innanzitutto si invoca il rispetto, da parte dei giudici e degli interpreti, del principio di legalità. Su tale base si è sottolineato come non possano essere riconosciute cause di esclusione della pena fuori dei casi espressamente previsti dalla legge. In secondo luogo, si invoca il rispetto del principio di uguaglianza, anche nella sua configurazione come criterio di ragionevolezza. Il rilievo di tale principio si apprezza, in linea generale, in due direttive essenziali. Da un lato, il sindacato di costituzionalità ex art. 3 Cost. deve essere ammesso nella

prospettiva di una differenza di trattamento fra soggetti, ove taluno non sia stato ricompreso, ingiustificatamente, nell'ambito della causa di esclusione ed invece avrebbe dovuto esserlo, applicandosi il privilegio ad altri soggetti la cui situazione non presenti caratteristiche diverse rispetto a quella dei soggetti esclusi⁵⁷. Dall'altro lato, il sindacato di costituzionalità ex art 3 Cost. deve essere ammesso nella prospettiva della violazione del principio di ragionevolezza, e questo in due sensi: ragionevolezza della previsione tout court; ragionevolezza della scelta degli strumenti giuridici cui ricollegare l'effetto della punibilità: impone il riferimento alla ratio delle disposizioni stesse ed agli scopi perseguiti con esse dal legislatore.

Dobbiamo valutare ora, il concetto di meritevolezza di pena quale strumento idoneo ad esprimere la traduzione del sistema costituzionale di valori nel sistema penale. Meritevole di pena è quel comportamento che ha in sé un disvalore tale da non poter prevedere altra soluzione se non quella punitiva. A ben vedere il concetto di meritevolezza della pena non è altro che una riconferma dei valori sanciti nella Costituzione⁵⁸.

A questo punto, è necessario delineare, sia pure per linee essenziali, le caratteristiche di alcune cause originarie di non punibilità presenti nel codice penale.

L'art. 649, comma 1 c.p, stabilisce che: "Non è punibile chi ha commesso alcuno dei fatti preveduti da questo titolo in

⁵⁷ Di Martino, La sequenza infranta, Milano, 1998, p.214.

⁵⁸ Di Martino, La sequenza infranta, Milano, 1998, p 195ss.

danno: 1) del coniuge non legalmente separato; 2) di un ascendente o discendente o di un affine in linea retta, ovvero dell'adottante o dell'adottato; 3) di un fratello o di una sorella che con lui convivano.". La specificità della norma a sanzione positiva, si individua nella esistenza di un particolare rapporto interpersonale⁵⁹ fra autore e vittima del reato. Sotto questo angolo visuale, sembra potersi dedurre che, l'art. 649 presuppone che il reato sia stato integrato in tutti i suoi elementi.

Trova quindi conferma la conclusione secondo cui ai soggetti specificamente indicati, sia da applicare il precetto, ma non la sanzione tipica per abrogazione della corrispondente parte di norma incriminatrice e sostituzione ad essa della sanzione positiva prevista dall'art 649.

L'art. 384 c.p prevede: "Nei casi previsti dagli articoli 361, 362, 363, 364, 365, 366, 369, 371 bis, 372, 373, 374 e 378, non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sè medesimo o un prossimo congiunto da un grave e inevitabile nocumento nella libertà e nell'onore."; al secondo comma: "Nei casi previsti dagli articoli 371 bis, 372 e 373, la punibilità è esclusa se il fatto è commesso da chi per legge non avrebbe dovuto essere richiesto di fornire informazioni ai fini delle indagini o assunto come testimone, perito, consulente

⁵⁹ Con sentenza 39844/2012 la Corte di Cassazione ha affermato il seguente principio: "la causa di non punibilità prevista dall'art. 649 c.p. per l'affine in linea retta permane anche nel caso in cui la persona offesa (genero o nuora) cui inerisce l'affinità sia divorziata dal coniuge di collegamento e vi sia prole" , G. S. Bassi in giurisprudenza penale.

tecnico o interprete ovvero avrebbe dovuto essere avvertito della facoltà di astenersi dal rendere informazioni, testimonianza, perizia, consulenza o interpretazione."

Il primo comma non sembra integrare una causa di non punibilità: la norma a sanzione positiva non è in rapporto di identità con le norme incriminatrici cui di volta in volta si riferisce. Per rapporto di identità si intende, al fine della identificazione di una causa di non punibilità che non sia da ricondurre al difetto di un elemento costitutivo, un rapporto tra la norma a sanzione positiva e la norma incriminatrice tale per cui la prima qualifica il fatto-reato previsto dalla seconda⁶⁰.

Il secondo comma, invece, rappresenta un'ipotesi di causa di non punibilità: il fatto disciplinato dalla norma in esame sarebbe lo stesso, per tipicità ecc., di quello di cui agli artt 371 *bis*, 372 e 373, con applicazione della sanzione positiva ai soggetti indicati.

Infine, l'art. 307 (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata) al comma 3 stabilisce: "Non è punibile chi commette il fatto in favore di un prossimo congiunto.". Autorevole dottrina avvicina l'ipotesi in questione a quella dell'art. 649. Nel caso dell'art. 307, comma 3, così come del 649, l'elemento su cui si appunta la non punibilità assume una dimensione obiettiva: nel senso che il rapporto di parentela o esiste o non esiste.

⁶⁰ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 195ss.

3. 7 (*segue*) Cause sopravvenute di non punibilità.

In alcuni casi, l'intervento della causa per effetto della quale la dinamica della pena si ferma ad uno stadio anteriore a quello dell'esecuzione appare comunque successivo rispetto al momento in cui si attiva la comminatoria edittale; ciò non esclude, tuttavia, che per la particolare natura della causa prevista, per il suo operare in contiguità con la stessa realizzazione della condotta illecita, per l'apposizione di limiti temporali di efficacia, o per altre ragioni, sia in concreto difficile scindere la valutazione del disvalore complessivo del fatto in un "prima" e in un "dopo" il reato⁶¹. Ma anche laddove sia possibile riconoscere la sussistenza di una causa di non punibilità successiva, i problemi non sono ancora risolti. Resta aperto, anzitutto, il problema della identificazione. In questa prospettiva, una categoria autonoma di cause di non punibilità successiva alla commissione del reato deve rivolgere verso l'esterno il proprio limite. In secondo luogo, è necessario determinare la qualità intrinseca della categoria⁶².

Ora, è necessaria una precisazione: il problema della identificazione non è inteso in prospettiva ontologica. In altri termini, si ritiene necessario procedere alla considerazione non già della natura del comportamento, in quanto susseguente, bensì alla valutazione della funzione del comportamento identificabile come successivo, in quanto

⁶¹ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 222ss.

⁶² Di Martino, *cit.*

idoneo a produrre l'effetto della non punibilità. Dunque, la punibilità o non punibilità non dipende dalla natura del comportamento, ma dalla posizione convenzionale che questo tipo di effetto ha all'interno dell'ordinamento⁶³.

Inoltre, vi è l'ulteriore problema di determinare la qualità intrinseca della categoria: si va da soluzioni di tipo sostanziale, ad altre di tipo processuale, a soluzioni ibride come ad esempio lo strumento del patteggiamento.

Guardando più da vicino le cause sopravvenute di non punibilità, possiamo anzitutto affermare che in dottrina vengono indicate, in questo modo, molteplici situazioni fra loro differenti, che hanno in comune il fatto che la non punibilità deriva da un accadimento posteriore alla commissione del reato. Tale accadimento posteriore può essere collegato ad un comportamento del reo di valore inverso alla condotta illecita, ovvero ad una manifestazione di volontà del soggetto passivo, ovvero ancora all'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice.

Rispetto alle cause originarie di non punibilità, dal punto di vista formale del rapporto tra fattispecie (norma incriminatrice e norma a sanzione positiva) non vi sarebbe alcuna differenza. Si consideri il caso dell'art. 308 c.p. (casi di non punibilità relativamente ai delitti di cospirazione, mediante accordo od associazione, e di assistenza ai partecipi dei predetti delitti). Non vi è dubbio che, anche in tali ipotesi, il divieto formulato dagli artt. 304, 305 e 307

⁶³ Di Martino, cit.

venga a costituire il precetto primario delle fattispecie di non punibilità: il reato di cospirazione è presupposto dell'operatività della fattispecie a sanzione positiva.

Da questo punto di vista, la situazione non pare diversa da quella delineata a proposito dell'art. 649 c.p. La differenza risiede esclusivamente nel contenuto della fattispecie di non punibilità.

Può non essere agevole determinare se l'effetto di non punibilità sia realmente successivo alla realizzazione degli estremi di un reato, sia pure solo tentato. Tuttavia, si può considerare irrilevante che, in concreto, risulti difficile stabilire se l'elemento dubbio incida, determinandone il venir meno, su un elemento della fattispecie incriminatrice. Questa difficoltà si riscontra ad esempio, in relazione alle ipotesi di desistenza *ex art. 56, comma 3*. Inoltre, si ravvisa tale difficoltà allorquando si tratti di stabilire se una certa condotta dell'agente esprima la desistenza da un'azione non ancora compiuta, oppure il recesso impeditivo dell'evento le cui condizioni di produzione sono state attivate dalla completa esecuzione della condotta⁶⁴.

Una volta constatato che l'elemento è da ritenersi successivo al compimento di un fatto tipico, antigiuridico e colpevole, deve essere affrontato il problema relativo al contenuto della fattispecie di non punibilità.

In effetti, fattore comune a queste ipotesi verrebbe ad essere la sola circostanza di presupporre "un accertamento

⁶⁴ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 222ss.

del fatto e della responsabilità del suo autore" e di incidere sulla condanna escludendola o diminuendone l'entità; tuttavia questa caratteristica è presente in molteplici tipologie di condotte, infatti, è ricollegata ad una condotta successiva, antecedente al processo, a condotte tenute in fase processuale anche se rivolte all'offesa nella prospettiva di contenimento degli effetti ulteriori (in particolare nelle leggi speciali), a condotte il cui legame alla fattispecie sostanziale è ormai divenuto inafferrabile, trattandosi di comportamenti meramente processuali, a decisioni di soggetti diversi dall'autore del reato (il giudice)⁶⁵.

In questa prospettiva, la distanza che si delinea fra il contenuto delle fattispecie premiali codicistiche e quello delle figure di cui alla legislazione speciale, rappresenta una questione alla quale il legislatore italiano (e non solo) non ha dato ancora risposta. In particolare nel Codice Rocco, in tema di recesso del concorrente furono introdotti quattro elementi fondamentali: 1) la condotta di ravvedimento consiste in un comportamento speculare rispetto a quello punito; 2) la condotta successiva è premiata se porta alla eliminazione od attenuazione del danno o del pericolo in cui si è concretata l'offesa; 3) non è ammesso questo meccanismo premiale nel caso in cui gli "sforzi" del reo siano rimasti infruttuosi; 4) la condotta deve essere volontaria.

La legislazione speciale, in particolare quella contro il

⁶⁵ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 222ss; Padovani, *Il traffico delle indulgenze- "Premio e "corrispettivo" nella dinamica della punibilità*, in Riv, it. dir. proc. pen. 1986, p 398.

terrorismo (D.l 625/1979), appare caratterizzata dal rilievo che assume l'interesse alla disgregazione della compagine criminosa cui appartiene il soggetto che recede, al punto da attribuire benefici premiali a chi fornisca informazioni decisive per l'individuazione o la cattura di autori di reati, commessi per il medesimo fine di terrorismo o eversione.

Lo stesso problema è presente anche in Germania. Alcuni autori⁶⁶ hanno ritenuto di risolverlo con l'introduzione di una regola, nella parte generale del codice, in base alla quale non viene punito chi volontariamente impedisce che l'evento dannoso si verifichi. L'inserimento di una simile regola non pare convincente. Sembra piuttosto opportuno, in tal senso, procedere alla introduzione di una norma "positiva" specifica per ogni tipologia di offesa ai beni tutelati nella parte speciale del codice. In questa prospettiva, le scelte circa la non punibilità rappresentano l'altra faccia della medaglia delle scelte sull'incriminazione⁶⁷.

Infine, non pare inopportuno delineare, seppur per sommi capi, un esempio di causa sopravvenuta di non punibilità. L'art. 376 c.p. (Ritrattazione⁶⁸) stabilisce: "nei casi previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373, nonché dall'articolo 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento."; al secondo comma: "Qualora la falsità sia

⁶⁶ Schäfer, 1992.

⁶⁷ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 233ss.

⁶⁸ Fattispecie che sarà approfondita nel capitolo II.

intervenuta in una causa civile, il colpevole non è punibile se ritratta il falso e manifesta il vero prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile.".

L'applicabilità di questa norma presuppone che sia stato commesso un delitto di false informazioni al pubblico ministero, false dichiarazioni al difensore, falsa testimonianza, falsa perizia, o a seguito dell'estensione operata dalla Corte Costituzionale, favoreggiamento personale mediante false dichiarazioni alla polizia giudiziaria. La ritrattazione presuppone dunque un reato perfetto in tutti i suoi elementi costitutivi: essa non si configura se il teste, che abbia reso dichiarazioni false o incomplete per errore o per dimenticanza, le rettifica, mancando in tal caso il reato presupposto e, di conseguenza, il primo dei due momenti della ritrattazione, ovvero la confessione del precedente reato. Inoltre, questa consiste in una smentita non equivoca del fatto colposo e nella contemporanea manifestazione del vero⁶⁹.

La ritrattazione è dunque un esempio di causa di non punibilità: questa sua natura è stata più volte riconosciuta dalla Corte di Cassazione, l'unico dubbio resta per quanto riguarda il suo carattere che, in alcune pronunce è ritenuto oggettivo, e in altre soggettivo⁷⁰.

⁶⁹ Roberto Giovagnoli, Studi di diritto penale: parte speciale, 2008, p 291ss.

⁷⁰ Vedi paragrafo 4.2.

4 Analisi di analogie e differenze esistenti tra i fenomeni che incidono sulla punibilità: a) condizioni obiettive di punibilità e elemento costitutivo.

La formula adottata nell'art. 44 c.p. ha consentito e consente tuttora prospettive interpretative molto eterogenee: talune dilatano la categoria fino a ricomprendervi tutti gli elementi che vengono imputati oggettivamente al soggetto; altre la contraggono in limiti assai più circoscritti e tali da non confliggere con il principio *nulla poena sine culpa*; per altri ancora, infine, la fenomenologia condizionale solo impropriamente sarebbe locata sul piano del diritto sostanziale, essendo rappresentata da elementi strutturalmente pertinenti all'ambito della procedibilità⁷¹.

Un'autorevole dottrina⁷² ritiene che le condizioni obiettive di punibilità ripropongano la dicotomia rilevanza/efficacia: esse non influiscono sul reato, che anzi presuppongono già perfetto, ma riguardano soltanto il prodursi di conseguenze giuridiche. Tale conclusione è apparsa insufficiente a delineare la peculiarità del fenomeno, in quanto la condizione, seppur estranea al reato, sembra far parte della fattispecie criminosa, per tale intendendosi il complesso dei presupposti dai quali dipende un certo effetto giuridico e cioè, nel diritto penale, la punizione⁷³.

La questione fondamentale diviene allora quella di

⁷¹ Marco Zanotti, punibilità (condizioni di), in Digesto X, 1995, pag 534 ss.

⁷² M. Gallo, il concetto unitario di colpevolezza, Milano, 1951, p 22ss.

⁷³ Di Martino, La sequenza infranta, Milano, 1998, p.144 ss.

spiegare perché, anche a prescindere dal profilo dell'efficacia, si possa ritenere perfezionato il reato. La risposta non può che venire da considerazioni di natura assiologica, in base alle quali è stata adottata la nota distinzione fra interesse interno e esterno, concernenti rispettivamente il sorgere della situazione che l'ordinamento giuridico prende in considerazione e valutazioni di mera opportunità che riguardano la validità concreta della tutela. Di qui la qualificazione delle condizioni obiettive di punibilità come elementi marginali della fattispecie che operano come fatti impeditivi degli effetti di una situazione normativamente qualificata. L'argomentazione non pare del tutto convincente. A ben vedere essa dà per scontato che un elemento della fattispecie, cioè esterno al fatto in senso stretto, sia già stato individuato come condizione di punibilità. Pertanto, la spiegazione in termini di interesse interno/esterno può valere al limite come esplicazione funzionale dell'elemento in considerazione, ma non per determinarne la natura giuridica e, prima ancora, non per identificarlo come costitutivo o condizione di punibilità⁷⁴.

L'obiezione pare riproporsi anche contro le versioni più recenti del criterio assiologico. La formulazione di tale criterio è nota: l'evento condizionante deve essere estraneo al piano dell'offesa. Ma si avverte subito che vi sono condizioni che rappresentano una forma di mera progressione o aggravamento dell'offesa tipica (le condizioni

⁷⁴ Di Martino, cit.

intrinseche): in tal senso si dovrebbe distinguere fra progressione omogenea e progressione eterogenea. Se cioè, la progressione riguarda lo stesso interesse tutelato, si deve ritenere che l'elemento dubbio è costitutivo; in caso contrario, si deve optare per la qualificazione in senso condizionale⁷⁵.

Il criterio in discorso conduce ad esiti uniformi. Tuttavia esso non si sottrae da alcune incongruenze di fondo. Si è riconosciuto, in proposito, che laddove la comparazione abbia ad oggetto valori eterogenei, non è affatto possibile stabilire se l'evento contenuto nella proposizione condizionale sia marginale od essenziale, essendo entrambe le soluzioni, dal punto di vista assiologico, "perlomeno non insostenibili"⁷⁶. Ma, vi è una ragione più profonda che rende problematico l'affidamento alla prospettiva teleologica nell'individuazione delle condizioni di punibilità. Vi sono casi in cui neppure è possibile determinare quali sono gli interessi concorrenti; cosicchè non solo appare difficile decidere quale sia fra essi quello primario e quello secondario, ma non si potrebbe a rigore neppure stabilire se l'interesse sotteso all'evento supposto condizionante sia o meno diverso da quello identificato come primario. Ad esempio, si ritiene che la possibilità di documento di cui all'art. 622 c.p. attiene ad un altro interesse rispetto a quello leso dalla rivelazione del segreto professionale. Ora,

⁷⁵ Padovani, Diritto penale, Milano, 1990, p 353ss.

⁷⁶ Angioini, Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza, in Riv. it. dir. proc. pen., 1989, p 1464ss.

l'interesse primario tutelato dalla norma si identifica sicuramente nella libertà e sicurezza dei rapporti intimi professionali. Non è sicuro, invece, quale sia l'interesse la cui lesione implica la possibilità di nocumento di cui all'evento supposto condizionante. Si deve supporre, tuttavia, che gli interessi la cui lesione integra gli estremi del danno siano necessariamente diversi da quello primario: il che appare configurabile solo rispetto ad interessi di carattere privato. Ma anche così la struttura della norma non è affatto chiara. Da un lato, infatti, se l'interesse primario è pubblico, appare singolare che la norma preveda la perseguibilità a querela. Dall'altro lato, non si può dimenticare, come il delitto sia inserito fra quelli contro la libertà individuale, sicchè appare incongruo escludere dall'oggetto primario della tutela almeno il diritto alla riservatezza, tipicamente personale. In questa prospettiva, la possibilità di verifica del danno appare come una progressione omogenea, del tipo di quelle che fanno propendere per l'esistenza di un elemento costitutivo. Sembra, allora, che la violazione del segreto professionale rappresenti in sè stessa una possibilità di nocumento; ed infatti la norma fa riferimento alla possibilità di danno che deriva dalla condotta, e non al nocumento effettivo⁷⁷.

Per ovviare alle incertezze del metodo assiologico si è cautamente suggerito di estendere l'indagine dal raffronto fra i beni offesi al grado di offesa dei beni stessi; e si fa

⁷⁷ Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998, p 150ss.

l'esempio dell'art. 661 c.p., in questa fattispecie, si dice, il bene dell'ordine pubblico sembra emergere su quello del rispetto dell'altrui ingenuità. Tale prevalenza si attenua perchè non è richiesto l'effettivo turbamento dell'ordine pubblico, ma la mera possibilità di tale evento. Ma anche sul punto si devono avanzare talune perplessità. In particolare, nella norma dell'art. 661 c.p. non sono affatto tutelati due beni, ma uno soltanto. In questa fattispecie, il bene dell'ordine pubblico si specifica nella tutela della credulità popolare; in altri termini, la tutela di quel bene è semplicemente mediata da quel particolare atteggiarsi dello stesso rispetto alla natura delle condotte incriminate. Sembra punito, anche in tal caso, il compimento di atti idonei a cagionare un turbamento dell'ordine pubblico⁷⁸.

Notiamo come, anche nella pratica, la distinzione fra tali fenomeni (condizioni obiettive di punibilità e elemento costitutivo) non è molto chiara, essendovi opinioni discordanti circa la natura di alcune fattispecie.

Vediamo qualche esempio. L'art. 264 c.p. in materia di delitti contro la personalità dello Stato prevede che il soggetto agente è punibile se dal fatto deriva nocumento per l'interesse nazionale; alcuni lo ritengono elemento costitutivo del reato, altri invece ritengono vi sia una condizione obiettiva di punibilità in quanto in questo modo si evita che la pubblicità insita in un procedimento penale comporti un maggior danno rispetto alla rinuncia alla

⁷⁸ Di Martino, cit.

punizione.

Nel delitto di incesto, *ex art. 564 c.p.*, il pubblico scandalo costituisce condizione obiettiva di punibilità e l'evento condizionante può apparire evidente anche da manifestazioni esterne, quali lo stato di gravidanza. Autorevole dottrina⁷⁹, ritiene che il pubblico scandalo nel reato di incesto possa considerarsi un elemento costitutivo del reato, in quanto non costituiscono condizioni obiettive di punibilità quegli eventi nei quali si compendia l'offesa all'interesse protetto.

Ancora, il caso della bancarotta patrimoniale, nella quale se il reato è commesso prima della dichiarazione di fallimento (prefallimentare), il reato è condizionato, perchè per la dottrina la sentenza dichiarativa di fallimento è condizione obiettiva di punibilità. La giurisprudenza non ritiene sussistente in questo caso la condizione obiettiva di punibilità, in quanto sostiene che la dichiarazione di fallimento sia piuttosto elemento costitutivo del reato⁸⁰. L'orientamento della Suprema Corte è criticabile sotto diversi aspetti: anzitutto la dichiarazione di fallimento non può essere "voluta" dal soggetto agente, in secondo luogo non è mai automatica ma deve esserci una richiesta di parte,

⁷⁹ Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, *Diritto penale parte generale*, 2010, p 704ss.

⁸⁰ Cassazione sentenza del 1958; anche Cassazione sentenza 47502/2012 (massima: nel reato di bancarotta fraudolenta per distrazione lo stato di insolvenza che dà luogo al fallimento costituisce elemento essenziale del reato, in qualità di evento dello stesso e pertanto deve porsi in rapporto causale con la condotta dell'agente e deve essere, altresì, sorretto dall'elemento soggettivo del dolo).

inoltre, non è detto che vi sia un nesso causale, infatti non è vero che il fallimento derivi sempre da una condotta dell'imprenditore e infine, nell'art 216 della l. fallimentare non si richiede che l'imprenditore abbia causato la propria insolvenza.

Infine, con riferimento alla fattispecie prevista all'art. 2621 c.c., si discute se le soglie di punibilità siano condizioni obiettive di punibilità (dottrina) oppure elemento costitutivo del reato.

La Cassazione⁸¹ ritiene che esse siano elementi costitutivi del reato in quanto senza il raggiungimento di tali soglie non è possibile considerare il fatto meritevole di pena e che, per sancire la responsabilità penale, non è sufficiente il mero superamento delle soglie, ma occorre che il soggetto abbia agito con l'intento di superarle attraverso la propria condotta.

4.1 (*segue*): b) Condizioni obiettive di punibilità e condizioni di procedibilità.

Le condizioni obiettive di punibilità si distinguono da quelle di procedibilità, principalmente, con riguardo agli effetti giuridici conseguenti alla loro assenza.

In caso di assenza delle condizioni di procedibilità si inibisce non già la punibilità del reato, ma la cognizione di esso da parte del giudice. Perciò, mentre la rivelazione della

⁸¹ Cassazione a S.U, sentenza 37424/2013.

manca di una condizione obiettiva di punibilità conduce al proscioglimento nel merito, il difetto di una condizione di procedibilità conduce ad un proscioglimento meramente processuale. Nel primo caso il giudice dichiara il reato non punibile, nel secondo il giudice emette sentenza di non luogo a procedere, ma la decisione non impedisce un nuovo giudizio allorchè sopravvenga la condizione di procedibilità⁸².

Facciamo un esempio chiarificatore. Nel caso della presenza del reo nel territorio dello Stato, il codice di procedura del 1930 consentiva che gli ufficiali di polizia giudiziaria, il pubblico ministero e il giudice potessero compiere gli atti di indagine, anche raccogliere prove, anche se il reo non fosse nel territorio dello Stato. La norma sarebbe stata incoerente se la presenza del reo nel territorio dello Stato fosse stata condizione di procedibilità, quindi potevamo considerarla condizione obiettiva di punibilità. Oggi il quadro processuale è diverso, posto che anche in assenza di una condizione di procedibilità è possibile svolgere indagini. Si può allora concludere che la presenza del reo nel territorio dello Stato debba essere considerata condizione di procedibilità.

La situazione muta, ad esempio, nel caso di instaurazione di un procedimento per partecipazione al giuoco d'azzardo nei confronti di un soggetto, il quale però, non è stato sorpreso in flagranza. Qui, non ha senso porre il problema

⁸² Padovani, Diritto Penale, IX Edizione, p 353ss.

della condizione di procedibilità per il medesimo fatto in quanto, qualora il soggetto commetta di nuovo il reato e questa volta sia scoperto in flagranza, la scoperta in flagranza non può considerarsi condizione di procedibilità rispetto al procedimento precedentemente instaurato, perché si riferisce ad un fatto diverso, quindi è condizione obiettiva di punibilità⁸³.

4.2 (*segue*): c) Cause di non punibilità in senso stretto e cause di estinzione.

Un primo termine di paragone fra cause di non punibilità e cause di estinzione è quello relativo all'efficacia della sentenza penale nel giudizio civile o amministrativo. In presenza di una causa di non punibilità il giudice dovrà pronunciare sentenza di assoluzione perchè la persona non è punibile, enunciandone la causa nel dispositivo. In tale ipotesi non è applicabile l'art. 651 c.p.p., che riguarda l'efficacia del giudicato penale di condanna nei giudizi civili e amministrativi di danno, perchè tale disposizione fa esplicito riferimento alla sentenza di condanna. Non si può negare, dunque, che vi siano differenze di effetti in sede civile tra la sentenza che dichiara l'estinzione del reato e quella che lo dichiara non punibile. Nel primo caso l'esistenza o meno del reato sarà valutata in ogni suo elemento dal giudice civile, nel secondo, invece, si ritiene, come già rilevato,

⁸³ Marco Zanotti, punibilità (condizioni di), in Digesto X, 1995, pag 534 ss.

inapplicabile l'art. 651 c.p.p.⁸⁴.

Nonostante l'inapplicabilità di tale norma, la sentenza dibattimentale di non punibilità ha efficacia di giudicato per quanto riguarda i fatti materiali oggetto del giudizio penale, infatti, ai sensi dell'art. 654 c.p.p. (efficacia della sentenza penale di condanna o di assoluzione in altri giudizi civili o amministrativi), deve esserne riconosciuta l'applicazione alle parti intervenute nel processo penale.

Altro termine di paragone concerne la estensibilità o meno, delle cause di estinzione e delle cause di non punibilità in senso stretto, ai concorrenti nel reato. È necessario, in primo luogo, richiamare l'art. 182 c.p. in base al quale le cause estintive hanno effetto soltanto nei confronti di coloro ai quali esse si riferiscono, salvo che la legge disponga altrimenti. La disposizione costituisce espressa deroga all'art. 119 c.p. che stabilisce: "le circostanze soggettive le quali escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono"; al secondo comma: "le circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato".

La *ratio* della norma (art. 182), pertanto, consisterebbe nel fatto che le cause estintive possono essere applicate

⁸⁴ Art 651 c.p.p., comma 1 : "La sentenza penale irrevocabile di condanna pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato, quanto all'accertamento della sussistenza del fatto, della sua illiceità penale e all'affermazione che l'imputato lo ha commesso, nel giudizio civile o amministrativo per la restituzione e risarcimento del danno promosso nei confronti del condannato e del responsabile civile che sia stato citato ovvero sia intervenuto nel processo penale."

prescindendo dall'accertamento del reato e per tale ragione esse non devono potersi estendere ad un soggetto diverso dal diretto interessato; inoltre, trattandosi di una norma derogatoria, essa va interpretata in senso restrittivo, limitandone l'applicabilità alle cause di estinzione previste nella parte generale del codice, mentre per quelle previste nella parte speciale sarà applicabile la disciplina ordinaria (art. 119). In tale ottica si afferma che, qualora si inquadri la fattispecie fra le cause sopravvenute di non punibilità e non fra le cause estintive del reato, sarà comunque applicabile la disciplina generale sancita all'art. 119 c.p. Tale conclusione è collegata a quell'orientamento che ritiene le cause sopravvenute di non punibilità categoria autonoma e distinta rispetto alle cause estintive⁸⁵. In giurisprudenza vi sono delle decisioni altalenanti sul valore oggettivo o soggettivo delle cause di non punibilità, in particolare rispetto alla ritrattazione. Il più recente orientamento della giurisprudenza⁸⁶ afferma che poichè la ritrattazione è causa di non punibilità di carattere soggettivo i suoi effetti non si estendono a chi ha istigato alla falsa testimonianza, salvo il caso in cui l'istigatore ha contribuito in modo decisivo alla neutralizzazione del fatto lesivo.

In senso contrario le Sezioni Unite in precedenza avevano affermato che la ritrattazione è causa di non punibilità in senso stretto di natura oggettiva per cui, ai sensi dell'art.

⁸⁵ Vittorio Garino, Estinzione del reato e della pena, in "Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena, forme di manifestazione e concorso di reati.", Torino, 2007, p 272ss.

⁸⁶ Cassazione pen. a S.U 30 Aprile del 2002, in Cassazione pen., 2003, 43.

119, giova anche all'istigatore concorrente nel reato⁸⁷.

Ancora, dobbiamo valutare la possibilità di distinguere le cause di non punibilità da quelle di estinzione, in base alla validità dell'errore (errore di fatto). Per le prime nessun dubbio sorge sull'applicabilità della prima parte dell'art. 59⁸⁸, ovvero della piena validità della causa di non punibilità anche se non conosciuta dall'agente. Ben più complesso è il quesito relativo alla validità dell'errore sull'esistenza di una causa di non punibilità che in effetti non esista. La formula dell'ultimo capoverso dell'art. 59 intesa letteralmente sembrerebbe applicabile alle cause di non punibilità in senso stretto. Tuttavia già nella *Relazione ministeriale* al progetto definitivo del codice penale, proprio sotto il commento all'art. 63 divenuto poi l'art. 59, si legge che « per ciò che attiene alle circostanze di esclusione della pena (in senso stretto), ritenute per errore esistenti, è evidente che la falsa credenza dell'agente non può avere effetto a lui favorevole, se non quando la circostanza sia effettivamente prevista dalla legge. Se taluno crede che il furto in danno del fratello con lui non convivente non sia punibile, non per questo andrà esente da responsabilità: entra qui in campo un altro principio, che cioè l'ignoranza della legge penale non scusa »⁸⁹ (oggi la situazione è diversa⁹⁰). Anche nella dottrina

⁸⁷ Cass. Pen. a S.U, 23 Novembre 1985, in CED Cass, rv. 172411.

⁸⁸ Art 59, 1 c : " le circostanze che attenuano o escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute, o da lui ritenute per errore inesistenti.

⁸⁹ Relazione al progetto definitivo del codice penale.

⁹⁰ Sentenza Corte Costituzionale 364/1988 ha dichiarato incostituzionale l'art 5 c.p stabilendo la scusabilità dell'ignoranza inevitabile della legge penale.

emerge sovente, a proposito dell'art. 59, comma 1, ultimo cpv., la distinzione tra cause di estinzione e cause di non punibilità, nel senso che il riconoscimento della validità dell'errore sarebbe previsto solo per le prime e non avrebbe ragion d'essere per le seconde. Ma a nessuno sfugge quanto possa apparire arbitraria ogni limitazione dell'effetto dirimente dell'errore di fatto a talune soltanto tra le cause che hanno per effetto l'esclusione di pena. Non si vede perchè, ad esempio, in caso di furto commesso senza violenza alla persona, non dovrebbe giovarsi dell'errore il soggetto agente che abbia sempre vissuto in casa del soggetto passivo credendo d'esserne il figlio. In questi e in altri simili casi la disciplina da applicare non potrà non essere quella dettata per le altre ipotesi in cui l'esclusione della pena è sancita fin dal momento in cui il fatto viene commesso⁹¹.

La disciplina dell'errore, data la larga formulazione dell'art. 59 ultimo cpv., non serve dunque a dare contorni precisi alla categoria delle cause di non punibilità e a distinguerla dalle cause estintive⁹².

Altro termine di confronto (fra cause estintive e cause di non punibilità) è rappresentato dall'applicabilità o meno delle misure di sicurezza. Ad esempio il caso di non punibilità fondato sul rapporto di parentela fra soggetto agente e persona offesa, in cui il soggetto prosciolto è minore di età. Alcuni ritengono che non possa considerarsi

⁹¹ Giuliano Vassalli, Cause di non punibilità, in Enc. giur. VI, pag 624 ss.

⁹² Giuliano Vassalli, cit.

applicabile una misura di sicurezza sul riflesso che il minore ha commesso un delitto doloso ancorché non punibile⁹³.

Per quanto riguarda le cause di estinzione, con queste si estingue la pena principale e quelle accessorie. L'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza e ne fa cessare l'esecuzione, mentre l'estinzione della pena impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza, eccetto quelle per le quali la legge stabilisce che possano essere ordinate in ogni tempo, ma non impedisce la prosecuzione di quelle già ordinate dal giudice per una pena superiore a dieci anni. Le cause di estinzione producono effetti però, con riferimento alla recidiva e alla dichiarazione di abitualità o di professionalità nel reato⁹⁴.

Gran parte della dottrina, ritiene che non sia presente nel nostro ordinamento una categoria autonoma delle cause di non punibilità e che queste rientrino a far parte delle cause di estinzione, soprattutto con riferimento alle cause sopravvenute di non punibilità, proprio in quanto si fondando su un accadimento successivo alla commissione del reato.

In chiave critica rispetto a questa concezione si può evidenziare come sia nel codice penale, sia in quello di procedura penale il legislatore ha stabilito in modo chiaro ed univoco quali siano le cause estintive, quindi non è possibile estendere questa categoria al punto di includervi situazioni

⁹³ Giuliano Vassalli, cit.

⁹⁴ Vittorio Garino, Estinzione del reato e della pena, in "il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena, forme di manifestazione e concorso di reati.", Torino, 2007, p 272ss.

che, anche lo stesso legislatore, fa rientrare sotto il nome di cause di non punibilità. Certo, non è semplice stabilire una differenza sostanziale tra le ipotesi ad esempio degli articoli 544 o 641 c.p. in cui la legge parla di “cause speciali di estinzione del reato” e le ipotesi, ad esempio, contemplate come “casi di non punibilità” dagli negli articoli 308, 309, 376 etc. È da notare inoltre, che la stessa giurisprudenza⁹⁵ nel caso di desistenza volontaria del tentativo usa la formula “non punibilità”.

Nonostante l'analogia sostanziale fra le cause estintive e quelle di non punibilità in senso stretto, i casi di non punibilità relativi alla desistenza, ritrattazione e gli altri casi di ravvedimento operoso, si configurano come appartenenti alle altre ipotesi di non punibilità in senso stretto⁹⁶. L'inclusione di questi fenomeni nelle cause di non punibilità lascia libera all'interprete la ricerca diretta a stabilire volta per volta se si tratta di “circostanza” oggettiva o soggettiva ai sensi dell'art. 70 c.p. e per gli effetti di cui all'art. 119 c.p.

4.3 (*segue*): d) Cause di non punibilità in senso stretto e condizioni di procedibilità.

La distinzione fra cause di non punibilità e condizioni di procedibilità può essere chiarita e analizzata mediante un esempio.

⁹⁵ Cass. pen., Sez. V, 26 Settembre 2008, n. 36919, in C.E.D. Cass. n. 241595

⁹⁶ Giuliano Vassalli, Cause di non punibilità in Enciclopedia di diritto VI, Milano 1960, pag. 609 ss.

L'art. 2, comma 1-*bis*, d.l. 12 settembre 1983 n. 463, (convertito in legge 11 novembre 1983, n. 638, come modificato dall'art. 1 d.lgs. 24 marzo 1994 n. 211), stabilisce, con riferimento al reato di omesso versamento delle ritenute assistenziali o previdenziali che «il datore di lavoro non è punibile se provvede al versamento entro il termine di tre mesi dalla contestazione o dalla notifica dell'avvenuto accertamento della violazione».

Secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale⁹⁷, qualora non risulti la contestazione o la notifica dell'avvenuto accertamento della violazione, il termine di tre mesi concesso al datore di lavoro per adempiere, rendendo operante la causa di non punibilità prevista dall'art. 2 cit., decorre dalla data di notifica del decreto di citazione per il giudizio. Secondo tale orientamento, il decorso del termine per provvedere alla regolarizzazione non rappresenta, quindi, una condizione di procedibilità dell'azione penale, ma indica solo il limite temporale per la trasmissione all'autorità giudiziaria della *notitia criminis* da parte dell'ente previdenziale e, pertanto, non impone di attendere il termine indicato per l'esercizio dell'azione penale.

Secondo l'opposto indirizzo interpretativo⁹⁸, l'attuazione di una valida contestazione o di una valida notifica dell'accertamento della violazione e il successivo decorso del termine si configurano invece come una condizione di

⁹⁷ Cass. pen., sez. III, 19 luglio n. 30566

⁹⁸ Cass. pen., sez. fer., 5 agosto 2008 n. 44542, in C.e.d. Cass., n. 242294

procedibilità dell'azione penale, con la conseguenza che in assenza delle prime e in mancanza del decorso del termine di tre mesi da esse, l'azione penale non può essere iniziata, né, *a fortiori*, può essere emesso un valido decreto di citazione a giudizio⁹⁹. In tal caso il giudice avrebbe l'obbligo di rilevare e dichiarare, anche di ufficio, in ogni stato e grado del procedimento, l'improcedibilità dell'azione penale ai sensi dell'art. 129 c.p.p.

Nel 2011 le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁰⁰ hanno affrontato la questione relativa alla natura giuridica della contestazione o della notifica dell'avviso di accertamento della violazione da parte dell'ente previdenziale e del successivo decorso del termine per adempiere, muovendo dall'esame della natura e delle funzioni delle condizioni di procedibilità, che costituiscono un limite all'obbligatorietà dell'azione penale sancita all'art. 112 della Costituzione. Diviene rilevante in proposito il carattere speciale e derogatorio, rispetto alla disciplina ordinaria, delle disposizioni che introducono condizioni di procedibilità dell'azione penale, sicché ne è esclusa l'interpretazione analogica.

In questa prospettiva, l'art 2 (d.l 12 settembre 1983 n. 463) non subordina l'esercizio dell'azione penale alla contestazione della violazione ovvero alla notifica del

⁹⁹ Gioacchino Romeo, Le Sezioni unite sul versamento di contributi previdenziali quale causa di non punibilità della precedente omissione, in *penale contemporaneo.it*, 30 Gennaio 2012.

¹⁰⁰ Cass., Sez. un., 24.11.2011 (dep. 18.1.2012) n. 1855.

relativo accertamento da parte dell'ente previdenziale e al decorso del termine concesso al datore di lavoro per adempiere, ma prevede esclusivamente la non punibilità del reato, già perfezionatosi, per effetto di una condotta successiva in qualche modo riparatoria del danno subito dall'ente pubblico¹⁰¹. Dunque, esso prevede una tipica causa di non punibilità.

In virtù di questo esempio pratico possiamo notare la differente operatività dei due fenomeni in esame. La causa di non punibilità, in questa prospettiva, viene ad esistenza solo dopo che il reato è stato accertato, e comporta una pronuncia di assoluzione (oppure sentenza di non luogo a procedere in caso di non punibilità originaria). In assenza di una condizione di procedibilità, invece, non è possibile procedere all'accertamento del reato, inoltre, da tale assenza deriva una pronuncia di non luogo a procedere che "interrompe" il procedimento penale, in quanto questo può essere riaperto qualora venga ad esistenza la condizione richiesta.

4.4 (*segue*): e) Cause di non punibilità in senso stretto e cause di giustificazione.

In presenza di una causa di giustificazione il reato non viene integrato in tutti i suoi elementi, in quanto manca, appunto, l'elemento dell'antigiuridicità obiettiva. Il fatto di

¹⁰¹ Gioacchino Romeo, Le Sezioni unite sul versamento di contributi previdenziali quale causa di non punibilità della precedente omissione, in Diritto penale contemporaneo, 30 Gennaio 2012.

reato è dunque ritenuto lecito e non può dar luogo a sanzioni di nessun tipo. Se, invece, si è in presenza di una causa di non punibilità in senso stretto il reato è stato integrato in tutti i suoi elementi, e come tale è illecito ma non punibile.

Possiamo evidenziare un'altra differenza in relazione all'art. 59 c.p. Le cause di giustificazione, come già ricordato, hanno rilevanza oggettiva *ex art. 59, comma 1 c.p.*; a queste è applicabile l'intero comma 1 dell'art. 59. Nel caso delle cause di non punibilità, invece, l'art. 59, comma 1 è applicabile solo in parte, in quanto, come già sottolineato, non si ritiene il reato non punibile in caso di errore sull'esistenza di una causa di non punibilità che in effetti non esista.

Infine, con riferimento all'art. 119 c.p., si deve sottolineare come le cause di giustificazione vengono ritenute oggettive anche ai fini dell'estensibilità ai concorrenti nel reato. Vi sono però dei casi in cui non è possibile estendere la scriminante al soggetto concorrente, questi sono rappresentati dagli artt. 51 e 53 c.p. In tal senso è inestensibile al concorrente, se non nel caso di esplicita richiesta del pubblico ufficiale, la scriminante dell'uso legittimo delle armi. Allo stesso modo deve essere considerato, l'adempimento di un dovere insindacabile, in quanto si riferisce solo al soggetto vincolato all'esecuzione dell'ordine¹⁰².

Per quanto concerne le cause di non punibilità, come già ricordato, il loro carattere oggettivo o soggettivo non è

¹⁰² Salvatore Camaioni, *Il concorso di persone nel reato*, 2009, p 211 ss.

definito in senso assoluto, ma, vi sono decisioni altalenanti sul punto¹⁰³.

¹⁰³ Vedi § 4.3

CAPITOLO II

La previsione codicistica di ipotesi di non punibilità
connesse a comportamenti sopravvenuti rispetto
al reato commesso.

1. Premessa: il ravvedimento operoso.

Con la politica criminale si studiano le misure più adatte a garantire la repressione dei reati, in cui l'istanza repressiva è vista in funzione della prevenzione generale. Si tratta di impostare un sistema legislativo e amministrativo idoneo se non ad impedire in assoluto la commissione di reati, almeno a renderla più difficile e meno frequente¹⁰⁴. La pena è il tradizionale strumento mediante il quale si reagisce ai reati, infatti, essa opera nel momento della minaccia, come deterrente, nel momento dell'applicazione, come strumento

¹⁰⁴ Nuvolone, *Politica criminale e pentimento del reo*, in *Indice penale*, 1982, pag 143.

di prevenzione generale.

Del pari tradizionale è l'orientamento legislativo, accentuatosi grazie agli influssi della Scuola Positiva, a prevedere « premi » per coloro che, nel corso dell'esecuzione della pena, sembrano manifestare in concreto un ravvedimento e quindi una capacità di reinserimento nella vita sociale¹⁰⁵. Questo orientamento rappresenta un passo verso l'indebolimento della concezione che percepisce il diritto penale in logica puramente afflittiva.

Un ulteriore passo in tale direzione è dato dalla presenza nel nostro ordinamento giuridico di un diritto premiale inserito nel "tronco del diritto penale"¹⁰⁶. In questi casi, varie sono le accezioni con cui, nella dottrina e nella giurisprudenza, viene usata l'espressione «ravvedimento operoso»¹⁰⁷.

In una prima accezione, l'espressione viene usata per descrivere l'ipotesi di desistenza volontaria prevista nell'art 56, comma 3 c.p.

In una seconda accezione, l'espressione viene utilizzata per alludere a tutte quelle ipotesi di ravvedimento "post-delictum", in cui la condotta del colpevole "ravveduto", e diretta in vario modo ad eliminare o ad attenuare le conseguenze della sua condotta criminosa, si realizza prima di un determinato momento processuale ed è idonea ad influire sulla stessa punibilità del responsabile, si tratta delle

¹⁰⁵ Nuvolone, cit.

¹⁰⁶ Nuvolone, cit.

¹⁰⁷ Marcello Maddalena, Ravvedimento operoso, in Enc giur., XXXVIII,, pag. 750 ss.

ipotesi previste negli articoli seguenti: 308 commi 1 e 2, 309 commi 1 e 2 (casi di non punibilità in materia di cospirazione o banda armata), 341 *bis* (riparazione del danno a seguito di oltraggio a pubblico ufficiale), 376 (ritrattazione del falso), 387 (cattura dell'evaso in riferimento al reato di evasione), 463 (casi di non punibilità in tema di falsità in monete, carte di pubblico credito e in valori in bollo), 641 comma 2 (adempimento dell'obbligazione nell'insolvenza fraudolenta), 655 (ritiro dell'adunata sediziosa).

Oggetto del presente lavoro saranno solo alcune delle citate ipotesi, in particolare, l'attenzione si concentrerà sulla ritrattazione *ex art.* 376 c.p., in quanto essa rappresenta un modello di riferimento anche per le altre ipotesi di non punibilità sopravvenuta.

Sicuramente al di fuori della categoria in esame, e della presente analisi, è il ravvedimento inteso quale « risultato di una trasformazione in senso socialmente adeguato o anche soltanto moralmente apprezzabile della personalità del condannato » che rappresenta il « traguardo tendenziale dell'esecuzione penale »¹⁰⁸.

2. Desistenza volontaria.

La desistenza rappresenta una delle più classiche ipotesi di ravvedimento operoso ed è prevista, in tema di delitto

¹⁰⁸ Flora, Il ravvedimento del concorrente, Padova, 1984,1.

tentato, dal comma 3 dell'art. 56¹⁰⁹ c.p.

La desistenza volontaria consiste nell'interrompere l'azione intrapresa (o di compiere l'attività doverosa, se si tratta di omissione), prima che questa sia interamente realizzata nei suoi estremi tipici¹¹⁰. Essa si riferisce a quella specie di tentativo che nel codice Zanardelli era nota come «delitto tentato» (art 61, comma 1) e che nell'art. 56 c.p. si esprime nell'ipotesi «se l'azione non si compie»: ad esempio, Tizio rinuncia ad impossessarsi dell'oggetto che ha appena sottratto¹¹¹.

In giurisprudenza¹¹² si afferma che per la sussistenza della desistenza volontaria, di cui all'art 56 comma 3 del c.p. occorre che la condotta dell'agente, per volontaria iniziativa dello stesso, si sia arrestata prima del completamento dell'azione esecutiva ed abbia impedito l'evento. Si specifica, inoltre, che è corretta la distinzione fra spontaneità e volontarietà della desistenza, posto che la norma in esame richiede soltanto la seconda, mentre la spontaneità è prevista, ad esempio, dall'ultima parte dell'art. 62 n. 6 c.p.¹¹³ Tuttavia, perchè possa ritenersi sussistente la causa di non punibilità in esame, è necessario che la volontà di desistere si sia formata per motivi di qualsiasi natura, ma in maniera del tutto libera, infatti, non si considera sussistente la causa

¹⁰⁹ Art 56, comma 3: "Se il colpevole volontariamente desiste dall'azione, soggiace soltanto alla pena per gli atti compiuti, qualora questi costituiscano per sè un reato diverso."

¹¹⁰ Padovani, Diritto Penale, IX Edizione, pag 279.

¹¹¹ Padovani, cit.

¹¹² Cass, 26 novembre 1987, Surico, C.E.D. Cass, n. 178632.

¹¹³ Marcello Maddalena, Ravvedimento operoso, in Enc giur., XXXVIII,, pag. 755.

di non punibilità qualora la desistenza derivi da una scelta condizionata da fattori esterni che coartano la volontà del soggetto agente.

Ciò premesso, la desistenza dovrebbe consistere sempre nella mancata continuazione della condotta criminosa¹¹⁴. Così accade nella maggior parte dei casi; ma la dottrina¹¹⁵, sulla base di valutazioni equitative, non esclude che la desistenza possa essere integrata da condotte attive contrarie (ad esempio se l'interruzione è dovuta all'opera del concorrente).

La situazione si complica ulteriormente in relazione ai delitti commissivi mediante omissione, in relazione ai quali è stato scritto¹¹⁶ che dovrebbe configurarsi desistenza sia nel caso in cui il soggetto riprenda la condotta attiva che avrebbe dovuto tenere, sia nel caso in cui intervenga ad impedire l'evento in una situazione nella quale avrebbe potuto ottenere lo stesso risultato semplicemente ponendo in essere la suddetta condotta attiva, ciò in quanto, diversa soluzione sarebbe contraria al principio di ragionevolezza.

2.1 Inquadramento dogmatico: la tesi di A. R. Latagliata.

Rilievi critici.

L'idea tradizionale della desistenza è quella di una causa di non punibilità *post crimen*, che interviene dopo che un

¹¹⁴ Ombretta Di Giovine, Codice penale- rassegna di giurisprudenza e dottrina, volume II, Milano, 2000, pag 645.

¹¹⁵ Siniscalco, Tentativo, in Enc giur. XXX, 1993, pag 8.

¹¹⁶ Siniscalco, cit.

delitto tentato è stato realizzato e ne elimina le conseguenze¹¹⁷.

A questa idea tradizionale si oppone Latagliata¹¹⁸, il quale partendo dalla critica della efficacia *post crimen* della desistenza volontaria, afferma non sussistente, nell'ipotesi di cui all'art 56 comma 3, la stessa azione di tentativo.

Secondo l'Autore, un'azione può dirsi compiuta solo quando l'uomo non abbia più il controllo del suo divenire causale; quando, in altri termini, non è più in condizione di intervenire per orientare le forze della natura in una certa direzione, anzichè in un'altra¹¹⁹.

A questo si aggiunga che, secondo l'Autore, per la commissione del tentativo, occorre che il soggetto, nel momento in cui interrompe l'azione, e ne perde quindi il dominio causale, sia in dolo, e quindi voglia il risultato verso il quale ha indirizzato gli atti posti in essere. Se il soggetto, compiuti determinati atti, desiste, resta solo la manifestazione, da parte del soggetto agente, di una certa intenzione, che ha poi abbandonato, e manca, quindi, l'azione di tentativo, in quanto non è presente il dolo nell'ultimo momento dell'attività esecutiva.

Ad avviso di questo Autore, la desistenza non deve considerarsi nè rientrante nelle cause di non punibilità, nè in quelle di estinzione. Infatti, afferma Latagliata, qualora il

¹¹⁷ Giuliani, Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato, in Riv. it. dir. proc. Pen., 1971 II, pag. 761.

¹¹⁸ A. R. Latagliata, La desistenza volontaria, s.l e s.d ma, 1964, pag 157 ss.

¹¹⁹ Zagnoni, Desistenza volontaria e riparazione del danno non patrimoniale, in Riv. it. dir. proc. Pen., 1983, pag. 1306.

soggetto desista da un tentativo inidoneo, dovrebbe essere assolto non a causa dell'inidoneità dell'azione, bensì in quanto ha desistito. Sulla base di ciò, Latagliata si limita, poi, ad affermare che la desistenza determina una formula assolutoria prevalente rispetto a quella che scaturisce dall'inidoneità degli atti, ma non giunge a sostenere che chi è assolto per aver desistito non ha interesse ad invocare formule assolutorie diverse, che stabiliscano l'inesistenza di un "fatto" di tentativo. Inoltre, l'Autore non mette in conto che, per poter considerare correttamente la desistenza, è necessario prima un accertamento del "fatto" di tentativo¹²⁰.

Oltretutto, l'Autore non tiene presente che la desistenza non può equivalere alle altre cause di estinzione, infatti, la prova della desistenza implica la prova del precedente tentativo, caratteristica non presente nelle cause di estinzione del reato.

In virtù di queste ragioni, la tesi del Latagliata, per quanto suggestiva, non sembra accoglibile¹²¹. Difatti, anche accettando i presupposti, dai quali muove l'Autore, sulla struttura ontologica dell'azione, non è possibile dimostrare l'affermazione che gli atti posti in essere dal soggetto, prima del compimento dell'azione, non siano in alcun caso qualificabili come punibili, siano cioè solo intenzione. Indubbiamente l'art 56 c.p. incrimina non già il compimento di un'azione, bensì il compimento di atti idonei ed univoci.

¹²⁰ Giuliani, Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato, in Riv. it. dir. proc. pen., pag.764.

¹²¹ Giuliani, cit.

Inoltre, sostenere che il tentativo non venga ad esistenza quando il dolo non accompagna esaustivamente la condotta dell'agente, equivale a sostenere che la desistenza escluda il dolo, e se così fosse, non sarebbe necessaria alcuna previsione normativa in quanto la desistenza opererebbe comunque.

La tendenza di Latagliata ad incentrare tutta la questione sul problema del dolo del delitto consumato, obbliga questo Autore ad accogliere una conseguenza che sembra paradossale: la desistenza opererebbe anche nell'ipotesi in cui l'autore del tentativo decidesse di commettere un delitto diverso da quello progettato¹²². Ad esempio, chi violasse il domicilio altrui con l'intenzione di commettere un furto per vendicarsi del proprietario e vedendo questi addormentato lo uccidesse, non risponderebbe di furto tentato perchè l'omicidio consumato dimostrerebbe l'inesistenza del dolo di furto. Di conseguenza, si dovrebbe concludere che il concorrente nel tentativo di furto non potrebbe essere imputato nè per tentato furto nè di omicidio non voluto ai sensi dell'art. 116 c.p.; non di tentato furto, perchè la desistenza avrebbe fatto venir meno il delitto tentato nella sua oggettiva tipicità, non di omicidio perchè mancherebbe il presupposto di un concorso in un reato voluto¹²³. È, invece, evidente che chi desiste non desiste soltanto dallo specifico fine criminoso bensì desiste da qualsiasi condotta illecita nei

¹²² Giuliani, Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato, in Riv. it. dir. proc. Pen., 1971 II, pag 765.

¹²³ Giuliani, cit.

confronti della vittima¹²⁴.

2.2 (*segue*) Desistenza volontaria come causa di giustificazione.

La desistenza volontaria, cui segue la impunità del soggetto agente, è inquadrata dalla giurisprudenza¹²⁵ tra le cause di giustificazione. In particolare, si ritiene che la desistenza volontaria sia una esimente di carattere speciale che si fonda sulla considerazione utilitaristica di politica criminale in base alla quale è opportuno non punire il colpevole di un delitto tentato per incentivare l'abbandono di attività criminose.

Ancora¹²⁶, si ritiene che la desistenza volontaria, prevista dal comma 3 dell'art. 56 c.p., sia delineata dal legislatore come un'esimente che comprende *ab extrinseco* ed *ex post* l'antigiuridicità del fatto, e la sua applicazione presuppone che l'azione sia penalmente rilevante in quanto pervenuta nella fase del tentativo punibile.

Questo orientamento incontra delle difficoltà nel caso in cui si trovi a spiegare perchè dalla natura esimente (oggettiva), non discenda l'estensibilità della desistenza di un correo anche agli altri concorrenti¹²⁷.

Sul punto, si sono sviluppate due posizioni.

¹²⁴ Giuliani, cit., pag 766.

¹²⁵ Cass., 9 febbraio 1983, Cecilia, C.E.D. Cass., n. 159346.

¹²⁶ Cass., 8 aprile 1997, Sannino, C.E.D. Cass., n. 207647.

¹²⁷ Ombretta Di Giovine, Codice penale- rassegna di giurisprudenza e dottrina, volume II, Milano, 2000, pag 648.

Secondo una prima impostazione, nell'ipotesi di reato plurisoggettivo il concorrente che intende essere scriminato per desistenza dall'azione deve attivarsi al fine di evitare la realizzazione concorsuale della condotta o quanto meno instaurare un processo causale che elimini le conseguenze del suo contributo, rendendolo estraneo e irrilevante rispetto al reato commesso dagli altri¹²⁸.

Secondo un'altra impostazione, più restrittiva, invece, l'effetto liberatorio della desistenza si produrrebbe in capo al concorrente soltanto nel caso in cui egli riesca ad impedire la consumazione del reato da parte degli altri¹²⁹.

È evidente che entrambe le soluzioni risultano incompatibili con la classificazione della desistenza tra le cause di giustificazione, in quanto queste dovrebbero valere nei confronti di tutti i concorrenti.

Di diverso avviso è la dottrina, la quale, è divisa fra due inquadramenti dogmatici: desistenza volontaria come causa di estinzione del reato, o come causa sopravvenuta di non punibilità.

2.3 (*segue*) Desistenza volontaria come causa di estinzione del reato.

Gli autori¹³⁰ che sostengono questo inquadramento dogmatico, ritengono fondata la sua validità, anzitutto, sulla

¹²⁸ Cass., 16 ottobre 1998, Sannino, C.E.D. Cass., n. 209918.

¹²⁹ Cass., 27 novembre 1987, Costa, C.E.D. Cass., n. 178733.

¹³⁰ Boscarelli, Compendio di diritto penale – parte generale, 1983, pag. 375; Ragno, Estinzione del reato e della pena, in Enc. dir., 1966 pag. 954.

definizione stessa di fatto estintivo. Infatti, dato che la desistenza opera nel senso di far venir meno (e dunque, estinguere) la punibilità derivante dalla commissione di un delitto tentato, e dato che causa di estinzione della punibilità equivale ad ogni accadimento che faccia venir meno una punibilità sussistente in precedenza, conseguenza non può essere che la riconduzione delle ipotesi di desistenza volontaria ai fatti estintivi¹³¹.

A conferma di ciò, può evidenziarsi che la lettera del terzo comma dell'art. 56 usa l'espressione: « (...) Se il colpevole volontariamente desiste (...) soggiace soltanto (...) ». Questa espressione può leggersi in due modi distinti: se il colpevole desiste si estingue il delitto di tentativo, e soggiace soltanto (...); oppure, nell'altro: il colpevole non è punibile per il delitto di tentativo, e soggiace soltanto (...) ¹³².

È evidente che la prima chiave di lettura non porrebbe all'interprete nessun problema; mentre, la seconda, potrebbe comportare dei dubbi interpretativi, visto che, il legislatore, quando intende prevedere un fatto estintivo, fa espresso riferimento all'estinzione del reato o della pena.

Ad avviso dell'impostazione in esame, se provassimo a considerare la desistenza una causa di esclusione della pena, ci accorgeremmo che questa categoria è prevista dal legislatore solo per quelle situazioni che ostano all'insorgere della punibilità. E di conseguenza, la desistenza facendo

¹³¹ Zagnoni, Desistenza volontaria e riparazione del danno non patrimoniale, in Riv. it. dir. proc., pen., 1983, pag. 1310.

¹³² Zagnoni, cit.

venir meno la punibilità già sorta non può essere ricompresa in tale categoria.

Altra parte della dottrina configura, al contrario, la desistenza volontaria come una causa sopravvenuta di non punibilità.

2.4 (*segue*) Desistenza volontaria come causa sopravvenuta di non punibilità.

Il fondamento della non punibilità prevista dal legislatore in relazione alla desistenza volontaria viene tradizionalmente ravvisato nella opportunità di incentivare, favorire o comunque non ostacolare la possibilità di ravvedimento del reo prima che il delitto da lui intrapreso arrivi a compimento¹³³. Si è anche sostenuta l'assenza di pericolosità sociale del soggetto che desiste e, inoltre, la non giustificabilità dell'irrogazione della pena a chi, tenendo un certo comportamento, rientri nel perimetro dell'ordinamento giuridico. La *ratio* di tale qualificazione affonda le sue radici, per un verso, nella teoria premiale o della meritevolezza; per altro verso, « nella difesa che in tal modo l'ordinamento offre in *extremis* al soggetto passivo¹³⁴».

È evidente come, alla radice di tali opinioni, svolgano un ruolo determinante le impostazioni culturali di carattere generale, ad esempio sulla funzione della pena. Chi, infatti, attribuisce alla pena una funzione esclusivamente preventiva

¹³³ Marcello Maddalena, Ravvedimento operoso, in Enc giur., XXXVIII, pag 754..

¹³⁴ Romano, Commentario, pag. 599.

è incline a ritrovare il fondamento della desistenza (come causa di non punibilità) nell'assenza di pericolosità sociale del soggetto; chi, invece, vi ravvisa una funzione esclusivamente retributiva sarà portato a ritenere la desistenza fondata sulla funzione premiale della (non) sanzione criminale.

Sembra più corretto osservare che, nella disciplina dettata dal legislatore siano presenti entrambi i profili appena accennati, quindi sia quello attinente alla assenza di pericolosità del soggetto agente, sia quello relativo al suo ravvedimento.

Tuttavia, alcuni sostengono¹³⁵ che non si possa ritenere del tutto assente la pericolosità del colpevole che abbia desistito, specie tenendo presente che la volontarietà della desistenza non equivale ad un vero e proprio atto di resipiscenza (spontaneità) della stessa. Prendendo le mosse da tale osservazione, parte della dottrina, avanza molteplici perplessità con riferimento alla non assoggettabilità del desistente a misure di sicurezza¹³⁶.

In conclusione, tra le varie soluzioni proposte per determinare la natura giuridica della desistenza volontaria (causa di esclusione della tipicità, causa di giustificazione, causa di estinzione, causa sopravvenuta di non punibilità), è preferibile quella che, attesa la natura premiale dell'impunità, le assegna la natura di causa di non punibilità

¹³⁵ Marcello Maddalena, cit.

¹³⁶ Prosdocimi, *Profili penali del post fatto*, Milano, 1982, p 112.

in senso stretto¹³⁷. È decisivo a tal proposito il rilievo in base al quale si ritiene sussistente il fatto tipico del tentativo, la sua antigiuridicità e la sua colpevolezza: la desistenza è quindi causa di inapplicabilità della sola pena, infatti, i compartecipi non desistenti saranno punibili per tentativo.

3. Cospirazione: casi di non punibilità

L'art. 308 c.p.¹³⁸ prevede tre distinte cause di non punibilità, con riferimento ai casi previsti dagli artt. 304 (cospirazione politica mediante accordo), 305 (cospirazione politica mediante associazione), 307 (assistenza ai partecipi della cospirazione o banda armata). Si tratta di ipotesi particolari di ravvedimento operoso dell'agente¹³⁹, il quale per beneficiare della non punibilità, deve: 1) disciogliere o comunque determinare il discioglimento della associazione; 2) recedere dall'accordo o dalla associazione; 3) impedire, comunque, che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto.

Per l'applicazione della causa di non punibilità occorre il

¹³⁷ Giovanni Pioletti, Punibilità (Cause di esclusione della), in Digesto X, pag. 531.

¹³⁸ Art. 308 c.p. : "Nei casi preveduti dagli articoli 304, 305 e 307 non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è costituita, e anteriormente all'arresto, ovvero al procedimento: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento dell'associazione; 2) non essendo promotori o capi, recedono dall'accordo o dall'associazione.

Non sono punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata costituita".

¹³⁹ Bricola, Cospirazione politica mediante accordo o associazione, in Enc. giur., 1962, pag 129.

concorso cumulativo di due condizioni.

La prima è data dal fatto che lo scioglimento dell'associazione, il recesso dall'accordo o dall'associazione deve avvenire prima che sia commesso il delitto per il quale l'accordo è intervenuto o l'associazione è stata creata.

La seconda, prevede che il ravvedimento operoso del reo, nelle forme appena descritte, debba intervenire « anteriormente all'arresto, ovvero all'inizio del procedimento ».

Alla luce del nuovo codice di procedura penale, l'espressione « anteriormente al processo » può essere interpretata nel senso che, lo speciale ravvedimento del reo, debba intervenire nel momento in cui il pubblico ministero viene a conoscenza della *notitia criminis*, con il conseguente obbligo di quest'ultimo di iscriverla nel registro delle notizie di reato, e ciò indipendentemente dal fatto se siano già noti l'autore o gli autori del reato¹⁴⁰.

L'ipotesi che suscita maggiori difficoltà, sul piano ermeneutico, è quella "dell'inizio del procedimento", dovendosi viceversa, per « arresto », intendere quello in flagranza cui non va equiparato, il fermo¹⁴¹. Il momento che segna l'inizio del procedimento è controverso nella dottrina processuale penale; merita comunque accoglimento la tesi che ne ravvisa tecnicamente l'inizio negli atti di istruzione preliminare, comprensivi anche degli atti di polizia

¹⁴⁰ Corrado Lembo, in Codice penale – rassegna di dottrina e giurisprudenza, volume V "Delitti contro la personalità dello Stato", pag 350. In senso contrario a tale impostazione v. Marconi, Stato, in Enc giur pag 662.

¹⁴¹ Bricola, cit.

giudiziaria. Ciò sta a significare che iniziati gli atti di polizia giudiziaria, l'art. 308 non è più applicabile.

Per quanto riguarda l'impedimento, si ritiene che esso sia operativo anche nel caso in cui si verifichi dopo l'inizio del procedimento ovvero dopo la promozione dell'azione penale per i delitti di cui agli artt. 304-305 c.p.

3.1 (*segue*) Inquadramento dogmatico: causa di estinzione del reato o causa sopravvenuta di non punibilità.

In forza di quest'ultimo rilievo - l'impedimento è operativo anche nel caso in cui si verifichi dopo l'inizio del procedimento - Bricola ritiene di poter stabilire la natura giuridica della causa di esclusione della pena, configurata nell'art. 308, come rientrante nel novero delle cause consistenti in un « ravvedimento operoso » dell'agente¹⁴². Deve infatti escludersi, ad avviso dell'Autore, che possa trattarsi di una causa sospensiva della punibilità, in quanto, è possibile per alcune ipotesi, procedere ad arresto, promuovere l'azione penale, iniziare il procedimento prima del decorso del termine utile per il ravvedimento, e non è dato sostenere che l'inutile decorso del termine condizioni l'integrarsi del reato. Essa appare piuttosto avvicinabile alle cause che estinguono il reato.

Di diverso avviso è un altro Autore¹⁴³, il quale ritiene che

¹⁴² Bricola, cit., pag. 129.

¹⁴³ Vassalli, Cause di non punibilità, in Enc. giur. p. 629 ss.

l'art. 308 c.p. configuri una causa di non punibilità sopravvenuta.

In forza di un'interpretazione puramente letterale è da accreditare questa seconda impostazione: l'ipotesi delineata dall'art. 308 c.p. non è prevista espressamente nel ristretto novero delle cause di estinzione (artt. 150-184).

È necessario da ultimo notare come, la giurisprudenza ha affermato che, a norma dell'ultimo comma dell'art. 1 della legge n. 304 del 1982¹⁴⁴, quando ricorrono gli estremi per l'applicazione della causa di non punibilità ivi prevista, non si applicano gli artt. 308 e 309. Di conseguenza, in difetto delle condizioni richieste per l'applicazione della normativa speciale, può trovare applicazione la normativa codicistica, se ovviamente ricorrano i diversi presupposti ivi previsti. La suddetta legge non ha abrogato gli artt. 308 e 309, i quali possono essere ancora applicati alla data di scadenza della prima¹⁴⁵.

3.2 Banda armata: casi di non punibilità

In modo del tutto analogo rispetto alla disciplina contenuta nell'art. 308 c.p., l'art. 309¹⁴⁶ prevede due distinte

¹⁴⁴ L'art. 1 della l. 304/1982 stabilisce la non punibilità di coloro che, dopo avere commesso, per finalità terroristiche, uno o più fra i delitti previsti dagli artt. 270, 270-bis, 304, 305 e 306 c.p., prima della sentenza definitiva di condanna, disciolgono o contribuiscono allo scioglimento dell'associazione o della banda, o "recedono dall'accordo, si ritirano dall'associazione, ovvero si consegnano senza opporre resistenza o abbandonando le armi e forniscono in tutti i casi ogni informazione sulla struttura e sulla organizzazione dell'associazione o della banda".

¹⁴⁵ Corte Assise Torino, 4 dicembre 1982, C.E.D. merito, n.830557.

¹⁴⁶ Art. 309: "Nei casi preveduti dagli articoli 306 e 307, non sono punibili coloro i quali, prima che sia commesso il delitto per cui la banda armata

cause di non punibilità, con riferimento ai casi previsti dagli artt. 306 (banda armata) e 307 (assistenza ai partecipi di cospirazione o di banda armata).

In ordine alla condotta che il reo deve tenere per poter beneficiare delle predette cause di non punibilità, va osservato che essa è del tutto simmetrica rispetto a quella descritta nell'art.308, con la sola precisazione che lo scioglimento ed il recesso o, più propriamente, « il ritiro » deve riferirsi alla banda armata¹⁴⁷.

Anche per l'art. 309 c.p. vale la precisazione che, mentre per lo scioglimento della banda e l'impedimento della commissione dei delitti per i quali la banda è stata creata, il ravvedimento può essere efficacemente realizzato da tutti coloro che ne fanno parte, per le ipotesi di ritiro dalla banda stessa o di resa, « senza opporre resistenza e consegnando o abbandonando le armi », la condotta che rende non punibili i fatti di cui agli artt. 306-307 non può essere utilmente posta in essere dai promotori e dai capi della banda. In ogni caso la resa deve essere accompagnata dalla consegna o dall'abbandono delle armi¹⁴⁸. La consegna può essere fatta direttamente all'autorità giudiziaria procedente ovvero ai

venne formata, e prima dell'ingiunzione dell'autorità o della forza pubblica, o immediatamente dopo tale ingiunzione: 1) disciolgono o, comunque, determinano lo scioglimento della banda; 2) non essendo promotori o capi della banda, si ritirano dalla banda stessa, ovvero si arrendono, senza opporre resistenza e consegnando o abbandonando le armi.

Non sono parimenti punibili coloro i quali impediscono comunque che sia compiuta l'esecuzione del delitto per cui la banda è stata formata"

¹⁴⁷ Corrado Lembo, in Codice penale – rassegna di dottrina e giurisprudenza, volume V "Delitti contro la personalità dello Stato", pag. 342

¹⁴⁸ Corrado Lembo, cit.

privati che abbiano ricevuto l'incarico dall'autorità giudiziaria. L'abbandono si verifica quando le armi vengono gettate o comunque sono uscite definitivamente dalla sfera di detenzione dell'agente, di sua volontà¹⁴⁹.

Le condizioni per l'applicabilità della causa di non punibilità prevista nell'art. 309 sono del tutto analoghe a quelle previste nell'articolo precedente.

La prima è data dal fatto che lo scioglimento della banda, o il « ritiro » dalla stessa deve intervenire « prima che sia commesso il delitto per cui la banda armata venne formata ». La dottrina¹⁵⁰ ha puntualizzato al riguardo che, qualora lo scopo comune ai membri della banda fosse la commissione di più delitti tra quelli indicati all'art. 306 comma 1, per potersi produrre l'effetto della non punibilità sarebbe necessario impedire l'esecuzione di ciascun delitto. Sul punto, la giurisprudenza ha osservato che ai fini dell'esclusione della causa di non punibilità in esame, è sufficiente che uno qualsiasi dei delitti scopo sia stato commesso, senza che abbia rilevanza il fatto che l'autore non si identifichi con chi abbia successivamente tenuto il comportamento positivo previsto dalla causa di non punibilità¹⁵¹. La consumazione dei delitti esclude l'applicabilità della causa di non punibilità anche se è stata opera di un soggetto diverso da quello che la invoca; inoltre, è di ostacolo all'applicazione della causa di non punibilità *ex art. 309*, anche la consumazione dei reati

¹⁴⁹ Saltelli – Romano – Di Falco, Commento teorico pratico del nuovo codice penale, vol. II, pag 211.

¹⁵⁰ Boscarelli, Banda armata, in Enc. giur, vol. V, 1959 pag 37.

¹⁵¹ Cass., 13 marzo 1984, Bartoloni, C.E.D. Cass., n. 165058.

previsti agli artt. 270-270 *bis* in quanto anche tali delitti sono compresi fra i reati-fine per i quali si costituisce la banda armata¹⁵².

La seconda condizione richiesta per l'applicabilità della causa di non punibilità è il ravvedimento operoso del reo, che intervenga « prima dell'ingiunzione dell'autorità o della forza pubblica, o immediatamente dopo tale ingiunzione ».

Si è già rilevato inoltre che la giurisprudenza ha affermato che, a norma dell'ultimo comma dell'art 1 della legge n. 304 del 1982, quando ricorrono gli estremi per l'applicazione della causa di non punibilità ivi prevista, non si applicano gli artt. 308 e 309.

4. Ritrattazione: profili storici.

La giustizia pubblica, ad avviso di Carrara¹⁵³, assurgeva ad oggetto meritevole di una adeguata tutela penale non in quanto potere fondamentale dello Stato, bensì quale strumento utile a tutelare il singolo individuo in una delle principali formazioni sociali, dove si svolge la sua personalità. Tramite la tutela della giustizia, in altri termini, si proteggevano le aspettative collettive al corretto esercizio dell'attività giurisdizionale vista nella prospettiva della sua funzionalità rispetto alla protezione ed allo sviluppo di tutti i consociati¹⁵⁴.

¹⁵² Cass., 11 luglio 1987, Benacchio, C.E.D. Cass., n. 176951.

¹⁵³ Carrara, Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale, vol. V, Lucca, 1870, pag 11.

¹⁵⁴ Amarelli, La ritrattazione e la ricerca della verità, Torino, 2006 pag. 58 ss.

Tenendo presente questa considerazione preliminare, si arriva alla trattazione dell'argomento centrale della presente analisi e, cioè, la presenza all'interno del codice penale di norme volte a regolare specificamente l'aspetto dell'eventuale ritrattazione della precedente dichiarazione processuale mendace. Tale istituto era già presente nel Codice Zanardelli dove, grazie all'espresso riconoscimento del bene giuridico 'amministrazione della giustizia', si rese possibile l'apertura del sistema penale verso la non punibilità connessa alla ritrattazione. Tuttavia, il codice del 1889, non intraprese una strada indirizzata esclusivamente verso la non punibilità della resipiscenza del reo dei delitti di falso processuale. Infatti, nell'ottica liberale e individualista dell'epoca, non si poteva attribuire preminenza esclusiva ad un bene giuridico che, per quanto espressivo dell'interesse dei consociati, era un interesse di carattere esclusivamente pubblico, e di conseguenza tralasciare gli interessi individuali dei soggetti eventualmente danneggiati dalla falsa testimonianza. Sulla base di queste premesse, già all'epoca si aprì un dibattito circa la natura giuridica della ritrattazione: alcuni la ritenevano circostanza attenuante, altri invece, causa di non punibilità.

Il legislatore liberale attribuì un valore ambivalente alla ritrattazione (art. 216 c.p.), infatti, questa poteva essere o causa di non punibilità o circostanza attenuante speciale, a seconda che intervenisse prima della lesione di tutti gli interessi giuridici "toccati" dal delitto presupposto, o dopo

che si fosse già prodotto un danno nei confronti di una terza persona¹⁵⁵.

In sede di discussione del codice penale del 1930, invece, si scelse di confermare la esenzione assoluta da pena come unico parametro di valutazione della ritrattazione. Si sosteneva, infatti, che in questo modo si potesse evitare di intimorire il falso teste e far sì che quest'ultimo contribuisse positivamente all'accertamento della verità ed alla corretta applicazione del diritto. In forza di queste valutazioni è stato introdotto l'attuale art. 376 c.p.

4.1 Ritrattazione: presupposto applicativo.

L'art. 376 c.p. prevede, al primo comma: "Nei casi previsti dagli articoli 371-*bis*, 371-*ter*, 372 e 373, nonché dall'articolo 378, il colpevole non è punibile se, nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento".

Al secondo comma: "Qualora la falsità sia intervenuta in una causa civile, il colpevole non è punibile se ritratta il falso e manifesta il vero prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile".

La ritrattazione opera in forza di un presupposto necessario: la precedente commissione da parte dello stesso soggetto testimone-imputato di un fatto tipico, antigiuridico

¹⁵⁵ Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pag 71.

e colpevole, integrante la consumazione di uno dei reati presupposto elencati tassativamente nell'art. 376 c.p.

Con accuratezza terminologica il legislatore negli artt. 371, comma 2 e 376 c.p., ha specificato che non è punibile in caso di ritrattazione unicamente il colpevole dei delitti previsti dagli artt. 371, 371 *bis*, 371 *ter*, 372 e 373 c.p., intendendo precisare in questo modo che l'esimente in questione concerne solo l'autore di uno dei reati espressamente elencati dalla norma, completo di tutti i suoi elementi costitutivi, oggettivi e soggettivi¹⁵⁶. Da ciò si deduce che la ritrattazione non trova applicazione tutte le volte in cui manchi un elemento costitutivo di tali illeciti, anche di natura meramente psicologica.

Ad esempio, la ritrattazione non si configura quando il teste dopo aver reso certe dichiarazioni per errore, dimenticanza o distrazione, le rettifichi essendosi reso conto dell'errore o della dimenticanza.

Questa scelta di individuare come beneficiario della non punibilità unicamente l'autore di un fatto già penalmente rilevante consente di poter valutare con più chiarezza la natura dogmatica di tale istituto.

4.2 Inquadramento dogmatico della ritrattazione. *Premessa.*

La ritrattazione si pone come un postfatto rispetto ai delitti-presupposto il quale assicura al colpevole la non

¹⁵⁶ Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pag 102.

punibilità. Definire la ritrattazione come un "postfatto", in questi primi passi dell'analisi, è motivato da esigenze di cautela¹⁵⁷. Difatti, vedremo che è necessario considerare la ritrattazione un'ipotesi di condotta susseguente al reato e questo comporta la soluzione in senso affermativo di due questioni pregiudiziali: se la punibilità sia effetto di un comportamento successivo e se il comportamento precedente sia stato costitutivo di reato¹⁵⁸.

L'art. 376 c.p. si limita a stabilire che alla ritrattazione segue la non punibilità, questa "aridità" del disposto legislativo non riesce ad orientare in senso univoco sul fondamento dogmatico della fattispecie premiale. Risolvere la questione relativa alla natura giuridica dell'istituto in esame è fondamentale in quanto porta con sé implicazioni non solo teoriche ma anche pratiche, basta pensare ad esempio all'estensibilità ai concorrenti nel reato presupposto, e in special modo all'istigatore.

4.3 La natura processuale della ritrattazione: a) condizione di procedibilità.

Originariamente si riteneva che la ritrattazione avesse natura processuale, ancorchè variamente intesa come condizione di improcedibilità o come condizione di improseguibilità dell'azione penale.

¹⁵⁷ Filippo Bottalico, Inquadramento dogmatico dell'art. 376 c.p., in *La ritrattazione – struttura e funzione fra diritto penale e processo*, 2011, pag. 326.

¹⁵⁸ Filippo Bottalico, cit.

Osservando l'istituto in esame dalla prospettiva delle preclusioni processuali, è stato sostenuto che l'art. 376 c.p. opera come una condizione di improcedibilità dell'azione penale, di modo che prima della scadenza dei termini sanciti nell'art. 376 c.p. (al primo comma: "non oltre la chiusura del dibattimento"; al secondo comma: "prima che sulla domanda sia pronunciata sentenza definitiva") non sarebbe possibile sottoporre a giudizio l'autore di uno dei delitti presupposto¹⁵⁹.

Tale teoria ritiene che l'esercizio dell'azione penale e la sottoposizione a giudizio vadano tenuti distinti, allegando – a sostegno - argomenti sostanziali e processuali.

Dal punto di vista processuale, si pone in evidenza che il giudizio immediato nei confronti dell'autore del falso sarebbe ostacolato dallo spirare dei termini per ritrattare.

Dal punto di vista sostanziale, si ritiene che ammettere l'ipotesi criticata comporterebbe che il reo possa essere giudicato e, addirittura, condannato nonostante abbia ancora la possibilità di rendersi impunito e con questo si realizzerebbe una sorta di "frode alla legge"¹⁶⁰ che invece gli concede i termini per ritrattare il falso. È da notare, inoltre, che la ritrattazione deve avvenire all'interno del procedimento in cui il falso è stato commesso - procedimento a quo - questo in quanto il procedimento ad quem, nel quale il falso viene giudicato, si celebra dopo il primo.

¹⁵⁹ Filippo Bottalico, Inquadramento dogmatico dell'art. 376 c.p., in *La ritrattazione – struttura e funzione fra diritto penale e processo*, 2011, pag. 328.

¹⁶⁰ Filippo Bottalico, cit., pag. 329.

Questa è la tesi sostenuta anche da Carnelutti, secondo il quale dall'art. 458 c.p.p. del 1930 si ricava la dimostrazione dell'improcedibilità del giudizio di falsa testimonianza: « il giudizio di falsa testimonianza è consentito solamente quando sia certo che la ritrattazione non può più essere utile ad escludere il reato »¹⁶¹.

4.3.1 (*segue*) Critica.

Tale orientamento è stato ben presto abbandonato dalla dottrina e non ha avuto seguito in giurisprudenza. Si è considerato che il codice di procedura del 1930 e il codice di procedura del 1989 non hanno riprodotto una disposizione analoga a quella prevista dall'art. 256 del codice di rito del 1913, in base alla quale non si poteva procedere «contro il testimone fino a quando a norma della disposizione dell'art. 216 c.p. poteva essere fatta la ritrattazione»¹⁶². Il codice di procedura del 1930 aveva, al contrario, previsto l'immediata procedibilità per i delitti di falso richiamati dall'art. 376 c.p., tanto che il colpevole poteva essere tratto in arresto in udienza e sottoposto a giudizio immediato.

Il codice attuale ha eliminato la possibilità di arresto in udienza, in ossequio al principio costituzionale (art. 112 Cost.) dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale da parte del P.M., ed ha introdotto espressamente all'art. 50,

¹⁶¹ Carnelutti, Rapporti tra il processo penale principale e il processo di falsa testimonianza, in Riv. dir. proc. pen, 1957, I, p. 492.

¹⁶² Cass., Sez. I, 18 dicembre 1964, Marceddu con nota di De Fenu, L'esimente della ritrattazione nel delitto di falsa testimonianza, p. 759

secondo comma c.p.p., come criterio fondamentale per il suo esercizio quello dell'officialità, stabilendo tassativamente che ad esso si possa derogare solo quando sia necessaria la querela, l'istanza, la richiesta o l'autorizzazione a procedere e non anche il decorrere dei termini utili previsti per la ritrattazione.

La scelta legislativa di evidenziare la tassatività delle ipotesi di deroga all'obbligatorietà dell'azione penale non lascia più spazio a dubbi di alcun tipo al riguardo e porta ad escludere con certezza che la ritrattazione possa rientrare nel ristretto novero delle condizioni di procedibilità.

4.4 (*segue*) La natura processuale della ritrattazione: b) condizione di improseguibilità dell'azione penale. *Critica.*

Una variante della teoria appena esposta configura la ritrattazione come condizione di improseguibilità dell'azione penale¹⁶³, la quale non può proseguire finchè non si raggiunga la condanna del reo per il delitto di falso. Secondo questa impostazione, sia le norme processuali sia quelle penali depongono nel senso che il reo del mendacio non solo è sottoponibile a procedimento penale, ma può anche essere giudicato e questo in forza del dettato legislativo dove si utilizza il termine "colpevole".

Questa ricostruzione dommatica si fonda su una premessa

¹⁶³ La Cute, Falsa testimonianza, in Enc. giur. Treccani, vol. XIII, Roma 1989, pag. 11.

oggi venuta meno, in quanto con il codice del 1989 si è ammessa l'eventualità che il pubblico ministero possa autonomamente procedere ad esercitare l'azione penale nei confronti del falso teste, richiamando, anche prima che spirino i termini utili per la ritrattazione, gli atti necessari per la contestazione al proprio ufficio¹⁶⁴.

4.5 La natura sostanziale della ritrattazione.

Gli argomenti critici appena esposti hanno indotto la dottrina a riconoscere una natura « schiettamente sostanziale »¹⁶⁵ alla ritrattazione. La natura sostanziale però, è declinata diversamente in dottrina.

Le direttrici lungo le quali si muove la disciplina della ritrattazione sono il postfatto, il premio e la non punibilità: alla condotta successiva al falso segue la concessione di un premio all'autore, l'esenzione dalla pena¹⁶⁶. La medesima condotta produce tre differenti esiti a seconda del momento in cui si interviene. Difatti, se si salda all'interno della deposizione, rende penalmente irrilevante la falsità commessa precedentemente e, l'eventuale rettifica priva di qualsiasi tipicità la precedente dichiarazione falsa. Se interviene dopo la conclusione della dichiarazione ma entro i termini sanciti dall'art. 376, l'autore beneficia della non

¹⁶⁴ Amarelli, cit.

¹⁶⁵ Filippo Bottalico, cit., pag. 335.

¹⁶⁶ Filippo Bottalico, Inquadramento dogmatico dell'art. 376 c.p., in *La ritrattazione – struttura e funzione fra diritto penale e processo*, 2011, pag. 336.

punibilità. Infine, se la ritrattazione interviene dopo lo spirare dei termini preclusivi o è inefficace, vale come circostanza attenuante *ex art. 62, n. 6 c.p.*¹⁶⁷.

A questo punto, non sembra, quindi, inutile o superfluo interrogarsi sul motivo di tale diversità di effetti derivanti dalla medesima condotta.

Il primo tema da affrontare attiene all'incidenza della ritrattazione sulla struttura dei delitti-presupposto: se si ponesse come limite alla tipicità o come causa impeditiva del configurarsi del fatto di reato, forse potrebbe considerarsi un postfatto¹⁶⁸.

Il tema si articola in due quesiti:

1) se la ritrattazione sia un elemento strutturale dei delitti presupposto;

2) se la ritrattazione sia una causa di risoluzione dei delitti-presupposto, ovvero una causa di esclusione della loro punibilità¹⁶⁹.

4.5.1 (*segue*) La ritrattazione come limite alla tipicità dei delitti presupposto. *Critica.*

Questa teoria affonda le sue radici nel pensiero di Carrara, il quale, per spiegare la differenza degli effetti giuridici tra il pentimento della calunnia e quello nella falsa testimonianza, osservava che l'espressa previsione della ritrattabilità solo

¹⁶⁷ Filippo Bottalico, cit., pag. 336.

¹⁶⁸ Filippo Bottalico, cit., pag. 338

¹⁶⁹ Filippo Bottalico, cit.

del secondo dimostrasse che, prima dello spirare dei termini, il reato non fosse integrato¹⁷⁰.

Considerando la ritrattazione come un limite alla tipicità dei delitti-presupposto, la condotta di questi ultimi avrebbe una struttura bifasica, caratterizzata da una componente commissiva ed una omissiva, la mancata ritrattazione. Ad esempio, la falsa testimonianza sarebbe integrata se il soggetto agente, oltre a porre in essere la condotta *ex art.* 372, non ritrattasse nei termini e con le modalità stabilite dall'*art.* 376¹⁷¹.

La lettera della legge depone in senso contrario a questa impostazione. In primo luogo, la disposizione che prevede la ritrattazione ha una collocazione distante rispetto a quella in cui è previsto il reato presupposto, e non si comprende la ragione per cui il legislatore, qualora avesse voluto indicare nella ritrattazione un elemento strutturale dei reati presupposto, dovrebbe aver optato per questa tecnica di ricostruzione della fattispecie. In secondo luogo, il riferimento esplicito alla "non punibilità", anziché all'uso di espressioni condizionali, comporta che la ritrattazione non costituisca affatto un limite alla tipicità dei delitti-presupposto. Infine, ritenere che la ritrattazione costituisca un elemento strutturale dei delitti-presupposto induce ad una conclusione paradossale con riguardo alla rilevanza penale della condotta del soggetto il quale, pur essendo

¹⁷⁰ Carrara, Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale, V, Lucca, 1889, pag. 356.

¹⁷¹ Filippo Bottalico, cit., pag. 340.

estraneo all'istigazione della falsa testimonianza, istighi il testimone a non ritrattare e, così facendo, fornisca il proprio contributo concorsuale all'integrazione di tale elemento strutturale¹⁷².

Tali argomenti possono essere superati facendo riferimento alla sussistenza di ipotesi in cui la non punibilità evoca limiti alla tipicità della fattispecie, nonostante sia contemplata in una disposizione distinta da quella incriminatrice; però in casi come quelli della ritrattazione e a differenza di quanto accade in tali ipotesi, le cause di non punibilità sopravvenute si pongono in un momento successivo alla fase della comminatoria edittale e presuppongono l'accertamento della responsabilità per il fatto commesso, quindi la comminatoria edittale sarebbe già operante nei confronti di quel fatto¹⁷³.

In questa prospettiva è possibile, quindi, sostenere che la ritrattazione al pari di tutte le altre cause sopravvenute di non punibilità, non rappresenta un limite alla tipicità del delitto-presupposto.

4.5.2 (*segue*) La ritrattazione come causa di risoluzione dei delitti-presupposto, ovvero come causa di sospensione della punibilità dei delitti-presupposto.
Critica.

Si tratta di una trasposizione in ambito sostanziale delle

¹⁷² Prosdocimi, *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982, pag. 304 ss.

¹⁷³ Filippo Bottalico, *cit.*, pag. 341.

teorie processuali poc'anzi analizzate; gli ostacoli processuali vengono superati facendo incidere la disciplina delle preclusioni sulla punibilità. Una variante di tale teoria si richiama alle condizioni obiettive di punibilità: la mancata ritrattazione è la condizione che rende punibili i delitti-presupposto¹⁷⁴.

Ritenere che la ritrattazione vada ad incidere sulla punibilità dei falsi implica sostenere che, prima dello spirare dei suoi termini, non sia possibile pervenire alla condanna del reo: ma non esiste alcuna disposizione che possa favorire questa conclusione¹⁷⁵. La teoria si risolve in una manipolazione del testo della norma in commento, perchè intende il sintagma "non è punibile se" come "non è punibile fintanto che".

La lettera della legge attesta l'insostenibilità della tesi che intravede nella ritrattazione una causa di risoluzione dei delitti presupposto o, perlomeno, una causa di sospensione della loro punibilità. Con riferimento alla prima ipotesi è possibile richiamare l'osservazione di carattere generale circa l'inammissibilità di una dequalificazione del reato connessa a vicende posteriori all'attività tipica¹⁷⁶, con riguardo alla seconda ipotesi non si ritrovano ostacoli logici ad ammettere che la ritrattazione determini un "blocco" temporaneo della punibilità.

L'ordinamento giuridico prevede delle ipotesi in cui la

¹⁷⁴ Lanza, Falsa testimonianza, in Giust. Pen., 1951, II, 894.

¹⁷⁵ Filippo Bottalico, cit., pag. 343.

¹⁷⁶ Filippo Bottalico, cit., pag. 344; Prosdocimi, cit., pag. 312.

non punibilità concessa al colpevole si riferisce a fenomeni di sospensione temporanea della punibilità, in pendenza dei termini sanciti dalle disposizioni di "favore", come avviene, ad esempio, nell'art. 463 c.p., in base al quale, il soggetto non è punibile se riesce ad impedire, prima che l'Autorità ne abbia notizia, la contraffazione, l'alterazione delle cose indicate negli articoli precedenti. La struttura dell'art. 376 c.p., invece, non consente di giungere alla stessa conclusione: prima dello scadere dei termini preclusivi, non vi è nessun ostacolo all'esercizio dell'azione penale e neanche alla sottoposizione a giudizio e alla condanna del reo¹⁷⁷. In questi casi la non punibilità implica una vicenda successiva non solo alla integrazione del delitto-presupposto, ma anche alla eventuale applicazione della pena.

In altri termini, accogliere la tesi contrastata comporterebbe uno spostamento del momento consumativo, non diversamente da quanto accade nei delitti a struttura condizionale; ma l'art. 376 c.p. osta a tale ricostruzione¹⁷⁸. Un ulteriore elemento a sostegno di questa critica è di tenore letterale: la disposizione premiale qualifica il reo come "colpevole".

Questa conclusione consente, inoltre, alla dottrina di evidenziare l'insostenibilità di un parallelo tra cause sopravvenute di non punibilità e condizioni obiettive di punibilità. Non si può, infatti, sostenere che entrambe incidano sulla punibilità, con l'unica differenza che le prime

¹⁷⁷ Filippo Bottalico, cit., pag. 344.

¹⁷⁸ Filippo Bottalico, cit., pag. 345.

sono costruite negativamente e le seconde positivamente; questo perchè le cause sopravvenute di non punibilità non partecipano al carattere di oggettività insito nelle condizioni di punibilità e soprattutto non si risolvono in condizioni ostative alla punibilità stessa¹⁷⁹: il colpevole può anche essere condannato. Inoltre, la tesi che accomuna questi due fenomeni incorre in una petizione di principio, in quanto afferma la retroattività della condizione risolutiva, che invece non è una caratteristica naturale dell'effetto della condizione ma, un effetto speciale che, in virtù di una disposizione di legge, si aggiunge a quello propriamente risolutivo¹⁸⁰.

In conclusione, la ritrattazione sopraggiunge con « effetti radicalmente innovativi » sul pregresso reato e incide a posteriori sui suoi effetti sanzionatori¹⁸¹.

4.5.3 (*segue*) La ritrattazione come condizione incidente

sull'intensità del dolo o sulla capacità a delinquere, ovvero come emenda o come ravvedimento attuoso del reo. Critica.

Profondamente sostanziali sono quelle teorie che orientano il fondamento della non punibilità della ritrattazione nell'attitudine di questa ad incidere sulla intensità del dolo e sulla capacità a delinquere. Una variante

¹⁷⁹ Filippo Bottalico, cit., pag. 345.

¹⁸⁰ Contento, Corso di diritto penale, Roma, 2008, pag. 44.

¹⁸¹ Prosdocimi, cit., pag. 318.

di tale teoria ritiene la non punibilità del reo giustificata dal fatto che la ritrattazione sarebbe sintomatica della sua emenda; sarebbe una sub-fattispecie dell'art. 62 n. 6 c.p. caratterizzata dalla concessione al reo della esenzione dalla pena¹⁸².

La ritrattazione attesterebbe almeno una diminuzione, se non un assenza, del dolo di falso tale da giustificare la non punibilità.

La tesi non può essere accolta in quanto comporta una retroazione della ritrattazione al momento consumativo del mendacio¹⁸³. Il falso non solo è perfetto in ogni suo elemento strutturale indipendentemente dalla ritrattazione, ma trova la sua regolamentazione in concreto nel momento consumativo: in tale momento deve essere valutata l'intensità del dolo e la capacità a delinquere. In altri termini, l'intensità del dolo o la capacità a delinquere devono essere valutati contestualmente alla commissione del falso, mentre la ritrattazione evoca un postfatto¹⁸⁴.

L'avvicinamento fra ritrattazione e ravvedimento attuoso sopravvaluta l'affinità contenutistica dei due fenomeni a discapito della loro difformità in ordine al momento di attuazione¹⁸⁵.

¹⁸² Cass. pen., sez VI, 3 novembre 1970, Nizzardelli, in Giust. pen., 1971, II, psg. 596; Cass. pen., sez. VI, 24 febbraio 1971, Stevanin, in Giust. pen., 1972, II, pag. 109. In dottrina, Granata, La ritrattazione nella falsa testimonianza e l'impossibilità giuridica di estinzione ai correi, in Giust. Pen., 1957, II, pag. 720.

¹⁸³ Filippo Bottalico, cit., pag. 348.

¹⁸⁴ Ruggiero, Falsa testimonianza, in Enc. dir., vol. XVI, Milano, 1967, pag. 542.

¹⁸⁵ Ruggiero, Profilo sistematico delle falsità in giudizio, Napoli, 1974, pag. 254.

L'emenda inoltre, mal si concilia con la componente utilitaristica della ritrattazione, che ricollega la non punibilità soprattutto all'eliminazione dell'offesa¹⁸⁶.

4.5.4 La ritrattazione come condotta susseguente al reato.

La confutazione delle tesi processuali e di quelle sostanziali – ad eccezione delle due teorie che vedremo a breve (ritrattazione come causa estintiva o come causa sopravvenuta di non punibilità) – consente la formulazione di una conclusione intermedia.

La ritrattazione deve essere qualificata non semplicemente come un post-fatto, ma come una condotta susseguente al reato in quanto essa segue alla commissione del reato, garantisce la non punibilità del reo e, nel contempo, si contrappone alla pregressa condotta¹⁸⁷.

Questa conclusione è rilevante non solo dal punto di vista dogmatico, ma anche da quello pratico. Si pensi ad esempio all'art. 61, n. 2 c.p.: se la ritrattazione incidesse sulla tipicità dei delitti presupposto o si configurasse come una loro causa di risoluzione, l'aggravante non sarebbe applicabile qualora la ritrattazione intervenisse su uno dei delitti-presupposto che nello stesso tempo fosse reato-mezzo o reato-fine¹⁸⁸. Il problema si pone nel caso in cui oltre alla falsa testimonianza si commetta un ulteriore reato: se avviene la ritrattazione del falso, il secondo delitto è ancora aggravato

¹⁸⁶ La Cute, cit., pag. 10.

¹⁸⁷ Filippo Bottalico, cit., pag. 353.

¹⁸⁸ Filippo Bottalico, cit., pag. 353.

ex art. 61 n.2? Essendo la ritrattazione una condotta susseguente al reato già commesso, l'aggravante non viene intaccata dalla causa sopravvenuta di non punibilità.

4.5.5 (*segue*) La ritrattazione come causa estintiva.

Le accennate difficoltà inducono la dottrina a dividersi tra due posizioni:

- 1) causa estintiva del reato;
- 2) causa sopravvenuta di non punibilità.

In primo luogo, è necessario sottolineare che le due concezioni sono accomunate dal ribaltamento di prospettiva rispetto alle tesi finora esaminate: la ritrattazione non viene più valutata *ex ante*, ma *ex post*, e quindi interrogandosi sulla struttura del falso¹⁸⁹.

I sostenitori della prima teoria (causa estintiva) ritengono che la ritrattazione determini *ex post* una estinzione del fatto commesso. A tale configurazione si pone, *in primis*, un ostacolo di diritto positivo, in quanto le cause di estinzione costituiscono un catalogo chiuso, all'interno del quale non compare l'art. 376 c.p. La tesi contrastata, quindi, implica un'applicazione analogica della relativa disciplina, che risulterebbe discutibile se si ritenessero eccezionali le ipotesi estintive¹⁹⁰.

¹⁸⁹ Filippo Bottalico, Inquadramento dogmatico dell'art. 376 c.p., in *La ritrattazione – struttura e funzione fra diritto penale e processo*, 2011, pag. 349.

¹⁹⁰ Ritiene ammissibile tale applicazione analogica Pettenati, *Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pag. 566. Di diverso avviso Padovani, *Commentario sistematico del*

Anche superando tale argomento, molte delle norme applicabili alle cause di estinzione, non sono estensibili alla ritrattazione. I sostenitori della teoria contrastata ritengono di poter controbattere quest'ultima affermazione. Ad esempio, l'orientamento più analitico ha rilevato come l'art. 182 c.p. non differisce significativamente dall'art. 119 c.p. – applicabile alle cause sopravvenute di non punibilità. È facile obiettare che, se così fosse, non ci sarebbe motivo di duplicare la prima norma. Ancora, con riguardo all'art. 183 c.p., il primo comma pone il principio della irretroattività delle cause estintive; non si può in questo caso dubitare che, nonostante sia inespresso, lo stesso principio valga anche per le cause di non punibilità, in particolare per la ritrattazione. Lo stesso vale per i seguenti comma dell'art. 183. Rispetto all'art. 184 c.p. viene in rilievo la reale divergenza della ritrattazione con le cause di estinzione, in quanto tale norma si riferisce espressamente solo ad amnistia, indulto e grazia e, dunque, non è possibile neppure astrattamente configurarne l'estensibilità alla ritrattazione¹⁹¹.

È da notare, infine, che le cause di estinzione sono poste a tutela di un interesse esterno rispetto a quello protetto dalla norma incriminatrice, al contrario di ciò che avviene nelle cause di non punibilità e, in special modo, nella ritrattazione. In altri termini, la non punibilità, nelle cause di estinzione, si fonda sul semplice venir meno dell'interesse dello Stato alla

codice penale, III, Art. 150-240, Milano, 2011, pag. 12.

¹⁹¹ Filippo Bottalico, cit., pag. 392.

persecuzione della condotta rispetto alla quale può essere già intervenuta una sentenza di condanna definitiva¹⁹², nella ritrattazione, invece, come vedremo a breve, la *ratio* della non punibilità si fonda su specifici e diversi motivi.

4.5.6 La ritrattazione come causa sopravvenuta di non punibilità. *Ratio* dell'art. 376 c.p.

Un secondo orientamento dottrinale, configura la ritrattazione come causa sopravvenuta di non punibilità. La validità di questa impostazione è subordinata all'ammissione dell'autonomia categoriale delle cause di non punibilità. Infatti, come osservato in precedenza (v. Capitolo I), l'assimilazione fra cause estintive e cause sopravvenute di non punibilità e la conseguente negazione della autonomia categoriale di queste ultime determinerebbe poi l'inapplicabilità delle misure di sicurezza, secondo quanto disposto dall'art. 210; la conclusione però, contrasterebbe con la previsione dell'art. 203 che consente il giudizio di pericolosità sociale anche nei confronti di persona non punibile¹⁹³. L'esito dell'indagine è dunque quello di ritenere che la ritrattazione determini la non punibilità del mendacio, lasciandone inalterate tipicità, antigiuridicità e colpevolezza.

In ordine alla *ratio* delle cause sopravvenute di non punibilità, Prosdocimi si esprime in questi termini: « (...) costituiscono soprattutto un mezzo positivo di tutela di

¹⁹² Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pag 181.

¹⁹³ Filippo Bottalico, cit.

determinati beni giuridici; l'estremo tentativo di tutela di tali beni che l'ordinamento predispone per il caso in cui la norma incriminatrice, in concreto, non abbia funzionato¹⁹⁴ ». È da notare infatti che le ipotesi sopravvenute di non punibilità, proprio perchè incidono sull'offesa al bene giuridico ricomponendola, realizzano una particolare funzione politico-criminale e rappresentano una espressione dell'idea special preventiva positiva: in tali casi l'inflizione della pena non contribuirebbe in alcun modo alla risocializzazione e alla rieducazione del condannato, ma finirebbe unicamente per essere avvertita come ingiusta¹⁹⁵.

In quest'ordine di idee, notiamo che, la struttura della ritrattazione riflette la sua funzione di tutela dei beni giuridici protetti dai delitti-presupposto, rimanendo quasi in secondo piano l'aspetto della premialità connesso alla resipiscenza del reo. Infatti, con riferimento alla *ratio* della ritrattazione, è generalmente riconosciuto che con l'art. 376 il legislatore si prefigga non soltanto l'obiettivo di eliminare l'ostacolo costituito da una falsa prova senza dispendio di ulteriori attività processuali, ma soprattutto lo scopo di favorire l'accertamento della realtà dei fatti, e questo spiega il motivo per cui la norma esiga che il responsabile dei reati richiamati dall'art. 376, oltre a ritrattare il falso, manifesti il vero se a sua conoscenza. Questa rappresenta una scelta premiale "pericolosa", in quanto può risolversi in un fattore di inquinamento della prova, nel caso in cui il teste, pur

¹⁹⁴ Prosdocimi, *Profili penali del post fatto*, Milano, 1982, pag 324

¹⁹⁵ Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pag. 182.

avendo deposto il vero, si induca a modificare la precedente dichiarazione al fine di evitare l'incriminazione per quello che appare falso, pur essendo in realtà vero.

La ritrattazione rientra, dunque, nel catalogo più puro di norme premiali¹⁹⁶, quello che comprende le disposizioni finalizzate a tutelare i beni giuridici tramite contro-condotte che mirano alla eliminazione o attenuazione del danno o del pericolo. In altri termini, la ritrattazione costringe il reo ad una sorta di auto-denuncia, imponendogli una contro-dichiarazione che viene ottenuta con domande più precise e puntuali, essendo nota l'inattendibilità delle sue dichiarazioni. Tale contro-dichiarazione non è detto che conduca alla non punibilità, e questo perchè è sottoposta al duplice vaglio del giudice del procedimento in cui il mendacio è stato reso e del giudice del procedimento per il falso. Nella ritrattazione, la non punibilità « funziona come scatola di compensazione dell'esigenza di ridefinizione dei conflitti sociali »¹⁹⁷.

La pregressa commissione del mendacio dimostra il fallimento del precetto originario; ad avviso del legislatore, però, la protezione del bene giuridico è imprescindibile ed è ancora possibile arrestare la progressione dell'offesa. La ritrattazione si insinua proprio in questa fessura: esiste un confine oltre il quale il recupero è impossibile, un punto in cui il dispendio di attività processuale è inevitabile; prima è

¹⁹⁶ Filippo Bottalico, cit., pag. 370.

¹⁹⁷ Filippo Bottalico, cit., pag. 371.

ancora possibile attenuare il *vulnus*¹⁹⁸. Se il soggetto tempestivamente ed efficacemente ritratta il falso e manifesta il vero, ferma la progressione dell'offesa verso esiti irreparabili per il reo e, principalmente, per l'ordinamento.

In questa direzione, si ritiene che l'impunità trovi un suo ulteriore fondamento nella infungibilità della condotta ritrattatoria, nel senso che non può essere sostituita in alcun modo: il falso è desumibile *aliunde*, ma la manifestazione del vero non può che derivare dalla contro-dichiarazione del reo. All'incoercibilità del risultato riparatorio corrisponde la non punibilità del reo: se l'ordinamento non può soddisfare in altro modo questo fine, è disposto a concedere il massimo premio¹⁹⁹.

4.6 Rapporti della ritrattazione con i delitti-presupposto.

La valorizzazione della fattispecie prevista nell'art. 376 rappresenta un punto cruciale nell'inquadramento dogmatico dell'istituto in esame.

L'art. 376 si combina, con la sua struttura, con i delitti-presupposto, contribuendo a determinarne i profili di offensività. La previsione di un termine entro il quale ritrattare produce effetti nei confronti, ad esempio, della fattispecie prevista nell'art. 372. In altri termini, la

¹⁹⁸ Filippo Bottalico, cit., pag. 372.

¹⁹⁹ Filippo Bottalico, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pag. 376.

ritrattazione sicuramente non incide sulla tipicità del fatto commesso, ciò non toglie, però, che questa possa avere dei riflessi sulla disciplina dei delitti-presupposto, perchè « tali riflessi illuminano *ratio* e natura giuridica sia della disposizione premiale sia dei delitti presupposto »²⁰⁰.

L'art. 376 contempla una norma a sè stante, dotata di un proprio precetto e di una propria sanzione, quest'ultima ha un contenuto positivo; sicchè, seppure delinea un fenomeno estintivo rispetto alle fattispecie richiamate, deve definirsi principale e non accessoria o dipendente da queste. La disposizione premiale ha, dunque, una struttura composita: in essa rifluisce il divieto, i requisiti strutturali della ritrattazione, e la sanzione positiva²⁰¹.

Il rapporto fra la norma incriminatrice e la norma a sanzione positiva si pone in termini di concorso apparente di norme: l'art. 376 si configura come una norma speciale rispetto ai delitti-presupposto e l'elemento specializzante è rappresentato dai requisiti strutturali della ritrattazione; risolto il conflitto in favore della prima disposizione, segue la applicazione della sanzione positiva e la disapplicazione della sanzione negativa. La ritrattazione che intervenga nel corso della dichiarazione rende atipico il falso perchè inibisce il sorgere del pericolo stesso; la tempestiva rettifica lo rende inoffensivo. Diversamente, nel caso in cui il falso è acquisito, la ritrattazione garantisce l'eliminazione dell'offesa e a questa consegue la non punibilità, in quanto, la

²⁰⁰ Filippo Bottalico, cit., pag. 355.

²⁰¹ Filippo Bottalico, cit.

deposizione è conclusa, però l'istruttoria è ancora aperta, quindi, quell'elemento probatorio non ha ancora condizionato la decisione di merito del giudice²⁰².

4.7 Coerenza e compatibilità costituzionale della ritrattazione. *Cenni*.

Concludendo l'esame di questo istituto si pone necessario un cenno alla sua compatibilità con la Carta Costituzionale. È da rilevare che, nel caso della ritrattazione, la non applicazione della pena sottende una finalità di tutela dello stesso bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, costituendo la tutela *in extremis* dell'interesse protetto leso dalla precedente condotta criminosa²⁰³. È proprio questa *ratio* di tutela dello stesso bene giuridico tutelato dalle norme che incriminano i reati di falso che permette di giustificare sul piano costituzionale un istituto premiale come la ritrattazione, il quale, esenta da pena l'autore di un fatto di reato completo nei suoi elementi oggettivi e soggettivi e che costituisce comunque una deviazione dai principi fondamentali dell'ordinamento²⁰⁴.

Tale posizione è perfettamente condivisibile, perchè in questi casi l'impunità condivide con la corrispondente fattispecie incriminatrice lo stesso piano di tutela: entrambe sono finalizzate alla protezione del bene giuridico, attraverso

²⁰² Filippo Bottalico, cit.

²⁰³ Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006, pag 180

²⁰⁴ Marinucci - Dolcini, cit.

una strategia composta di sanzioni negative e positive. In questi casi, è coerente costituzionalmente l'estensione della previsione della non punibilità ai casi che, in forza del principio di ragionevolezza, avrebbero dovuto esservi ricompresi²⁰⁵. Ad esempio, è legittima costituzionalmente l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 376 c.p. al favoreggiamento-mendacio, e questo è possibile in virtù dell'identità del bene giuridico tutelato dalle fattispecie incriminatrici. Questo non può avvenire, invece, nel caso della calunnia ad esempio, in quanto non vi è identità degli interessi tutelati.

5. Colpa del custode.

L'art. 387²⁰⁶ prevede la fattispecie di colpa del custode nel reato di evasione, questa rappresenta la figura colposa del reato di procurata evasione. La punibilità a titolo colposo ha quale coerente effetto quello di restringere la soggettività attiva di tale reato solo nei confronti di colui che, per ragione del proprio ufficio, si trovi preposto alla custodia, anche temporanea, di una persona arrestata o detenuta per un reato.

Il concetto di « ufficio » deve essere inteso in senso

²⁰⁵ Filippo Bottalico, cit., pag. 406.

²⁰⁶ Art. 387 c.p.: "Chiunque, preposto per ragione del suo ufficio alla custodia, anche temporanea, di una persona arrestata o detenuta per un reato, ne cagiona, per colpa, l'evasione, è punito con la reclusione fino a tre anni o con la multa da euro 103 a euro 1.032.

Il colpevole non è punibile se nel termine di tre mesi dall'evasione procura la cattura della persona evasa o la presentazione di lei all'autorità".

ampio, in quanto non si limita solo a ricomprendere coloro che svolgono funzioni direttive all'interno dell'istituto penitenziario ma anche chi svolge mansioni esecutive concretamente individuate²⁰⁷ (ad esempio un agente di polizia penitenziaria).

Così come nell'art. 386 del c.p., il reato in discussione presuppone l'altrui *status custodiae*. Inoltre, per integrare il reato è necessario cagionare l'evasione e ciò significa ad esempio omettere cautele doverose o violare norme regolamentari di servizio, nonché norme generiche di prudenza. Infine, è necessario che il fatto doloso altrui consista in un delitto consumato di evasione, da ciò deriva che, non rientra nella fattispecie criminosa la messa in libertà dell'arrestato o del detenuto dovuta ad un errore colposo del custode²⁰⁸.

Il secondo comma dell'art. in esame prevede una speciale causa di non punibilità per il caso in cui il custode, nel termine di tre mesi dall'evasione, procura la cattura della persona evasa o la presentazione di questa alla autorità. Si tratta, sul piano oggettivo, del medesimo risultato che nel reato doloso di procurata evasione determina un più limitato effetto diminuento. La ragione di tale diversità di regime si fonda sulla minor gravità del fatto base, anche se nella previsione dell'art. 387, a differenza di quella dell'articolo precedente, all'agente non è richiesta una controcondotta volontaria, quanto solo il conseguimento del risultato

²⁰⁷ Pioletti, Evasione, in Digesto, vol. VI, 1960, pag 1047.

²⁰⁸ Antolisei, Manuale di diritto penale, II, pag 501.

positivo: il legislatore qui vuole soltanto spronare gli agenti alla cattura degli evasi²⁰⁹. Occorre comunque che il risultato positivo dipenda dall'attività del custode e non, per esempio, dalla resipiscenza dell'evaso.

6. Insolvenza fraudolenta: profili generali.

L'ultima fattispecie che interessa analizzare in questa sede, è il delitto di insolvenza fraudolenta, previsto dall'art. 641²¹⁰ c.p. L'incriminazione non esisteva nel codice Zanardelli, ed è stata introdotta con il codice Rocco per coprire un vuoto di tutela che si apriva nell'applicazione concreta della fattispecie di truffa. Si trattava soprattutto dei casi di c.d. « scrocco »²¹¹, consistenti nel fatto di chi, dissimulando il proprio stato di insolvenza, entra in una trattoria, consuma il pasto e non paga, oppure di colui che contrae un debito con il proposito di non adempiere. In ipotesi del genere, da un lato, se il soggetto agente non ha utilizzato artifici o raggiri, resta esclusa l'applicabilità della fattispecie di truffa; dall'altro lato, lo stato di insolvenza del colpevole fa sì che non siano efficaci le sanzioni civili. In questa situazione, l'impiego della sanzione penale diventa

²⁰⁹ Fiandaca-Musco, Diritto penale parte speciale, I, pag. 309.

²¹⁰ Art. 641 c.p.: "Chiunque, dissimulando il proprio stato d'insolvenza, contrae un'obbligazione col proposito di non adempierla è punito, a querela della persona offesa, qualora la obbligazione non sia adempiuta, con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire un milione.
L'adempimento della obbligazione avvenuto prima della condanna estingue il reato."

²¹¹ Pagliaro, Principi di diritto penale, parte speciale, Milano, 2003, pag. 373.

l'ultima *ratio*²¹² e perciò può essere giustificata anche se la carica lesiva di tali comportamenti è modesta.

Si deve osservare, inoltre, che presupposto della condotta delineata è lo stato di insolvenza dell'agente al momento in cui contrae l'obbligazione. Esso va inteso nel senso di incapacità di soddisfare le proprie obbligazioni, quale che sia la natura della prestazione.

Richiedendo il presupposto del precedente stato di insolvenza, il codice considera solo le ipotesi-limite in cui le prospettive di adempimento appaiono fin dall'inizio nulle²¹³.

La condotta, trattandosi di reato a condotta mista, si articola: *a)* nella dissimulazione del proprio stato di insolvenza; *b)* nella contrazione di un'obbligazione; *c)* nell'inadempimento della stessa.

La dissimulazione è il comportamento, positivo o negativo, che, complessivamente considerato e in rapporto alla situazione concreta, è idoneo a celare uno stato di insolvenza, per cui la vittima è mantenuta in uno stato di ignoranza²¹⁴.

L'ulteriore fase della condotta, costituita dalla contrazione di un'obbligazione da parte del soggetto insolvente, si sotanzia in un'obbligazione avente i seguenti caratteri: deve derivare da contratto a titolo oneroso e non da fatto illecito; deve essere produttiva di effetti giuridici (anche se annullabile); deve essere tutelabile mediante

²¹² Pagliaro, cit.

²¹³ Mantovani, Insolvenza fraudolenta, in Digesto VII, pag. 123.

²¹⁴ Mantovani, cit., pag. 124.

un'azione; può essere commutativa o anche aleatoria; e infine, deve avere ad oggetto un dare o un fare, secondo alcuni anche un non fare, in quanto importa soltanto che il contenuto dell'obbligo sia valutabile dal punto di vista economico²¹⁵. Spesso si nega che una obbligazione di non fare possa essere rilevante agli effetti della insolvenza fraudolenta, in quanto il non fare potrebbe essere adempiuto anche in stato di insolvenza²¹⁶.

La fase conclusiva della condotta consiste nell'inadempimento dell'obbligazione contratta, l'inadempimento va determinato con riferimento alla normativa civilistica, sulla base degli artt. 1176 ss. c.c. Tuttavia, vi è chi ha precisato che la nozione civilistica di inadempimento non coincide perfettamente con quella penalistica, poichè mentre il diritto privato ha riguardo all'omissione volontaria della prestazione, il diritto penale offre maggior tutela al creditore attribuendo rilevanza alla mera omissione di tale prestazione²¹⁷.

In conclusione, il capoverso dell'art. 641 c.p. stabilisce che il reato si estingue qualora, prima della condanna, l'obbligazione venga adempiuta; l'adempimento deve essere integrale²¹⁸, e per condanna deve intendersi quella definitiva e irrevocabile.

A questo punto, è necessario capire quale sia l'esatta natura giuridica di questa ipotesi di "estinzione del reato"

²¹⁵ Pagliaro, Principi di diritto penale- parte speciale, Milano, 2003, pag. 378.

²¹⁶ Mantovani, cit., pag. 123.

²¹⁷ Mantovani, cit., pag. 127.

²¹⁸ Cass. pen., 1 febbraio 1984, CP, 1985, pag. 1544 ss.

per comprendere poi, quale sia la disciplina ad essa applicabile. In particolare, ci si chiede se, nel caso di concorso di persone nel reato, sia applicabile il disposto dell'art. 182 c.p., in forza del quale l'estinzione del reato ha effetto soltanto per coloro ai quali la causa di estinzione si riferisce, e di conseguenza l'adempimento da parte di uno dei correi non avrebbe effetto estintivo anche nei confronti degli altri. La risposta a questo quesito è subordinata dal corretto inquadramento dogmatico della speciale ipotesi di non punibilità: parte della dottrina ritiene che si tratti di un'ipotesi di causa estintiva speciale, altra parte della dottrina – quella maggioritaria - la ritiene invece una causa sopravvenuta di non punibilità.

6.1 Inquadramento dogmatico: l'adempimento

dell'obbligazione come causa estintiva "speciale".

Parte della dottrina²¹⁹ ritiene che le cause sopravvenute di non punibilità non abbiano autonomia categoriale e che di conseguenza siano da ricondurre nell'alveo delle cause estintive speciali. Uno degli argomenti utilizzati a sostegno di tale concezione è relativo al fatto che non vi è differenza sostanziale fra le ipotesi, ad esempio, degli artt. 641 c.p. o 544 c.p. in cui è presente la locuzione « cause estintive speciali » e le ipotesi, ad esempio, contemplate come « casi di non punibilità » dagli artt. 308, 309, 376 etc., dato che alla

²¹⁹ Pannain, Manuale di diritto penale, I, Torino, 1950, pag.507; v. anche Pisani, La tutela penale delle prove formate nel processo, Milano, 1959, pag. 224.

base della non punibilità sta in entrambi i gruppi un comportamento successivo del reo che comporta, in vario modo, il recesso dall'attività criminosa e la riparazione del torto cagionato²²⁰.

In questo ordine di idee è interessante analizzare il secondo comma dell'art. 641 c.p., il quale prevede, appunto, una causa di estinzione speciale del reato, costituita dall'adempimento dell'obbligazione avvenuto prima della condanna.

In specie, la giurisprudenza ha precisato che in tema di insolvenza fraudolenta (a differenza di quanto previsto dall'art. 62 n. 6 c.p., secondo cui il risarcimento del danno deve avvenire prima del giudizio) l'art. 641, comma 2 stabilisce che l'adempimento dell'obbligazione estingue il reato se avvenuto prima della condanna, di modo che il tempo utile per provvedervi e determinare così l'effetto estintivo si protrae fino al momento in cui la sentenza passa in giudicato; secondo la terminologia del codice, infatti, si ha condanna soltanto quando questa sia contenuta in una sentenza divenuta definitiva, per cui l'adempimento in questione può attuarsi anche dopo la decisione di primo o secondo grado, fino a che non vi sia sentenza definitiva²²¹.

Il concetto di « adempimento » pone un problema di rapporti con la nozione di « inadempimento », dato il quale si consuma il reato e diviene attuale l'ipotesi del secondo comma dell'art. 641. Ma non vi è dubbio che il primo comma

²²⁰Giuliano Vassalli, Cause di non punibilità, in Enc. giur, pag. 630.

²²¹ Cass., 13 dicembre 1996, in Riv. Pen. 1997, pag 861.

della norma recepisca la nozione di inadempimento dalle disposizioni civilistiche che se ne occupano. Di riflesso, l'« adempimento » che funge da causa estintiva è tale solo in senso improprio: in sostanza, è il cosiddetto adempimento tardivo, rappresentato dall'esecuzione della prestazione dovuta dopo la scadenza²²². E, in forza di ciò, appare evidente anche la *ratio* della disposizione, quale diretta a creare un incentivo rispetto all'eliminazione del danno patrimoniale subito dal creditore.

La causa estintiva speciale prevista dal secondo comma dell'art. 641 ha dunque natura oggettiva e, pertanto, *ex art.* 119 comma 2 c.p., ha effetto nei confronti di tutti coloro che abbiano concorso nel reato. È il caso, appunto, dell'intervento del terzo, ovvero anche, nella prospettiva del concorso di persone nel reato e dell'estensione della causa estintiva a tutti i concorrenti, del pagamento effettuato da uno solo di essi²²³.

La tecnica legislativa impiegata nella formulazione del secondo comma dell'art. 641 c.p. è stata usata anche in altri ambiti, nei quali il legislatore ha ritenuto sussistente la medesima *ratio* sottostante a tale previsione; ad esempio in materia di reati societari. In particolare, il secondo comma dell'art. 2627²²⁴ c.c, il quale prevede che la restituzione di

²²² Il cosiddetto adempimento surrogatorio quindi, non integra la causa estintiva. v. Manzini, Trattato di diritto penale italiano, a cura di Nuvolone e Pisapia, Torino, 1993, pag.736; v. anche Nuvolone, Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali, Milano, 1955, pag. 157.

²²³ Giuliano Azzali, Insolvenza fraudolenta, in Enc. giur., pag 794.

²²⁴ Art. 2627 c.c.: "Salvo che il fatto non costituisca più grave reato, gli amministratori che ripartiscono utili o acconti su utili non effettivamente

utili o la ricostituzione delle riserve, prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio, estingue il reato.

6.2 (*segue*) Inquadramento dogmatico: l'adempimento dell'obbligazione come causa sopravvenuta di non punibilità.

Secondo la dottrina maggioritaria²²⁵ appare impropria in questo caso la qualifica di causa di estinzione del reato, costituendo, piuttosto, l'adempimento tardivo una causa di non punibilità in senso stretto. Con essa il legislatore ha inteso salvaguardare il bene tutelato fin dove è possibile, vale a dire fino al momento precedente la sentenza di condanna passata in giudicato. La contro-condotta (uguale ma di segno contrario a quella incriminata) del reo, consistente per l'appunto nell'adempimento integrale (sopravvenuto), si pone sullo stesso piano degli interessi che la norma intende proteggere, operando nel senso di reintegrare la lesione del bene giuridico offeso per effetto di una decisione volontaria del soggetto agente.

In questa prospettiva, la speciale ipotesi di non punibilità sopravvenuta in esame non ha fondamento psicologico, bensì utilità politico-criminale oggettiva; infatti, la *ratio* dell'esonero dalla pena è legata alla realizzazione di una

conseguiti o destinati per legge a riserva, ovvero che ripartiscono riserve, anche non costituite con utili, che non possono per legge essere distribuite, sono puniti con l'arresto fino ad un anno.

La restituzione degli utili o la ricostituzione delle riserve prima del termine previsto per l'approvazione del bilancio estingue il reato".

²²⁵ Fiandaca – Musco, Diritto penale parte speciale, 2007, pag. 207.

condotta "opposta" da parte del soggetto attivo, susseguente alla commissione del reato, volta a consentire la salvaguardia, sia pur tardiva ed *in extremis*²²⁶, del bene protetto²²⁷.

Ciò significa che nei casi di adempimento tardivo da parte di uno solo dei concorrenti nel delitto di cui all'art. 641 c.p., debba applicarsi non la disciplina tassativamente dettata dall'art. 182 c.p. per le cause estintive del reato, bensì quella indistintamente prevista dall'art. 119 c.p. per tutte le cause di non punibilità e, dunque, anche per le cause di non punibilità sopravvenute in senso stretto. Più precisamente, in questa circostanza troverà applicazione il secondo comma dell'art. 119 c.p., quello che sancisce la regola dell'estensibilità delle ipotesi di non punibilità oggettive a coloro che sono concorsi nel reato, dal momento che la fattispecie in esame presenta, per le ragioni sottolineate poc'anzi, una natura giuridica sicuramente oggettiva.

²²⁶ Sulla non punibilità sopravvenuta, intesa quale strumento di tutela *in extremis* di beni giuridici v. Amarelli, Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro, Napoli, 2008, pag. 7 ss.

²²⁷ Stefano Fiore, I reati contro il patrimonio, 2010, pag. 565.

CAPITOLO III

La tutela penale della sicurezza e della salute del lavoro. Modifiche alla disciplina sanzionatoria e introduzione di un meccanismo premiale.

1. Legislazione penale complementare: ipotesi di non punibilità a seguito della riparazione dell'offesa o del risarcimento del danno - Premessa.

Come già rilevato, nel codice penale sono contenute molteplici ipotesi di non punibilità sopravvenuta, che, però, non esauriscono l'intera categoria delle cause sopravvenute di non punibilità, in quanto, queste sono previste anche all'interno delle leggi complementari.

Si pensi, ad esempio, alla causa di non punibilità sopravvenuta prevista in materia edilizia (D.p.r. 6.6.2001, n. 380 "Testo Unico delle disposizioni edilizie e regolamentari in materia edilizia", artt. 36 e 45.), dove, ai sensi dell'art. 36 del D.p.r., in caso di interventi realizzati in assenza di permesso di costruire, o in difformità da esso, ovvero in

assenza di denuncia di inizio attività, il responsabile dell'abuso, o l'attuale proprietario dell'immobile, possono ottenere il permesso in sanatoria se l'intervento risulti conforme alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente; ai fini del rilascio del permesso, è necessario, inoltre, il pagamento, a titolo di oblazione, del contributo di costruzione in misura doppia. Analogamente, in materia di illeciti ambientali (D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152 "Norme in materia ambientale, art. 257) è punito chiunque cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio, se non provvede al risanamento dei siti inquinati in conformità ai progetti approvati ai sensi degli artt. 242 ss. dello stesso Dlgs. Anche in questo caso, è prevista la non punibilità a seguito di una contro-condotta da parte dell'autore del reato.

Ancora, in materia di responsabilità amministrativa degli enti collettivi (D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231 "Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300", art. 17) si prevede la non applicazione delle sanzioni interdittive quando, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado, concorrono le seguenti condizioni: *a)* l'ente ha risarcito integralmente il danno e ha eliminato le conseguenze dannose o pericolose del reato ovvero si è comunque efficacemente adoperato in

tal senso; *b)* l'ente ha eliminato le carenze organizzative che hanno determinato il reato mediante l'adozione e l'attuazione di modelli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi; *c)* l'ente ha messo a disposizione il profitto conseguito ai fini della confisca.

Ancora, in materia di illeciti penali di competenza del giudice di pace (D.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 "Disposizioni sulla competenza del giudice di pace, a norma dell'art. 14 della legge 24 novembre 1999, n. 468", art. 35) è prevista la possibilità di estinguere il reato attraverso condotte successive e riparatorie.

Allo stesso modo anche nell'ambito dei reari societari, sono previste ipotesi di non punibilità fondate su una condotta successiva da parte dell'autore del reato: art. 2627 c.c., art. 2628 c.c., art. 2629 c.c., art. 2633 c.c.

Concludendo l'elencazione delle ipotesi di non punibilità previste nella legislazione complementare, è necessario tenere conto di quelle previste nel diritto penale del lavoro e, in particolare, delle ipotesi presenti in materia di previdenza e assistenza sociale (Legge 24.11.1981, n. 689, art. 37 "Omissione o falsità di registrazione o denuncia obbligatoria", e d.l. 12.9.1983, n. 463, art. 2 comma 1 "Omesso veramento di ritenute previdenziali e assistenziali eccedenti le somme anticipate o denunciate") e, soprattutto, quelle previste in materia di salute e sicurezza del lavoro – oggetto del presente capitolo - ai sensi dei d.lgs. 19.12.1994, n. 758 "Modificazioni alla disciplina sanzionatoria in materia

di lavoro: artt. 20-24 (Estinzione delle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene del lavoro)"; d.lgs 9 aprile 2008 n. 81 "Attuazione dell'articolo 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza dei luoghi di lavoro: art. 302."; infine, l'art. 15 del D.lgs. 23.4.2004, n. 124.

1.1 Diritto penale del lavoro - *Generalità*.

« Sono lontani quei giorni in cui si poteva parlare del diritto penale del lavoro come di una "provincia" dimenticata²²⁸ »: «un vivace vento di riforma soffia ora su di essa²²⁹ ». Vi sono tre linee lungo le quali si sono sviluppati gli interventi legislativi che hanno disegnato una nuova dimensione del diritto penale del lavoro: depenalizzazione, attuazione di direttive comunitarie, e infine – quello che più interessa ai fini della presente analisi – l'introduzione di un meccanismo estintivo delle contravvenzioni.

Il gruppo di contravvenzioni che delineano il "dover essere" delle attività lavorative²³⁰ ha al proprio interno un complesso meccanismo di definizione degli illeciti che caratterizza in modo peculiare questo settore del diritto penale. Siffatto

²²⁸ Romagnoli, Illeciti in materia di lavoro e nuove prospettive sanzionatorie, in Riv. giur. Lav., 1977, IV, pag. 351 ss.

²²⁹ Padovani, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in Riv trim dir pen ec. 1996-I, pag. 1157.

²³⁰ Salvatore Dovero, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 761.

"congegno"²³¹ è stato creato con il Dlgs. 758/1994 ed è stato poi confermato con il Dlgs. 81/2008. L'istituto introdotto nel 1994 fa sì che il procedimento penale risulti scandito attraverso sequenze del tutto caratteristiche, in quanto non fluisce secondo i normali snodi e termini ma, al suo interno si registra una sospensione²³². In pendenza della quale, come vedremo nel proseguio, l'organismo di vigilanza compie una corposa attività.

Questo meccanismo consente, attraverso la previsione di ipotesi di impunità, di incentivare il reo a tenere una condotta contraria a quella illecita, così eliminando l'offesa precedentemente arrecata al bene giuridico.

Si nota, inoltre, una funzione di deflazione del carico giudiziario, in quanto tale meccanismo riesce a precludere l'esercizio dell'azione penale che, infatti, rimane sospesa, e il procedimento può arrivare, addirittura, all'archiviazione disposta dal G.I.P.

2. L'apparato sanzionatorio: evoluzione storica.

Tra il 1955 e il 1956 vennero ideati numerosi provvedimenti normativi che, mediante una dettagliata definizione delle regole cautelari relative alle attività lavorative, diedero corso ad una "penalizzazione" completa del settore, questo comportò una "processualizzazione" delle violazioni delle norme prevenzionistiche. Le misure cautelari

²³¹ Salvatore Dove, cit.

²³² Salvatore Dove, cit., pag. 762.

stabilite con questi decreti, sono state concepite come forme di protezione della sicurezza e dell'igiene del lavoro destinate ad eliminare il pericolo, al punto che, in caso di rischio ineliminabile, venne postulato il dovere di cessare l'operazione che lo implica, fino ad arrivare, se necessario, alla chiusura del reparto o dell'azienda²³³. La sicurezza è, dunque, concepita come un interesse assoluto, sempre prevalente su ogni interesse contrapposto.

La maggior parte dei reati venne punita con la sola pena dell'ammenda, la sanzione dell'arresto fu prevista solo nei casi di maggiore gravità (ad esempio l'art. 389 lett. a) del d.p.r 547/1955).

Inoltre, se l'estensione della pena poteva dare l'impressione di una disciplina eccessivamente onerosa per il datore di lavoro, in realtà l'opzione per la forma contravvenzionale e quella che predilige la sola ammenda si tradusse nella "amministrativizzazione" in concreto dell'illecito. Infatti, in virtù dell'applicabilità dell'art.162²³⁴ c.p., i reati potevano essere estinti con il pagamento di una somma pari ad un quarto del massimo dell'ammenda. L'effetto estintivo conseguiva peraltro ad una scelta del contravventore, il quale vantava un diritto soggettivo

²³³ Padovani, Il nuovo volto cit., pag. 1161.

²³⁴ Art. 162 c.p.: "Nelle contravvenzioni, per le quali la legge stabilisce la sola pena dell'ammenda, il contravventore è ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, una somma corrispondente alla terza parte del massimo della pena stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa, oltre le spese del procedimento. Il pagamento estingue il reato".

all'estinzione del reato (oblazione c.d. obbligatoria)²³⁵. In forza di questa, il datore di lavoro aveva la possibilità di programmare le ricadute economiche del rischio penale, trattandolo, quindi, alla stregua di un qualunque costo di impresa. Tali implicazioni hanno portato alla introduzione, con l'art. 126 della legge 689/1981, dell'art 162 *bis*²³⁶ c.p., e cioè del meccanismo estintivo legato alle contravvenzioni punite con la pena alternativa dell'ammenda o dell'arresto, la c.d. oblazione discrezionale. L'art. 127 della stessa legge ha stabilito l'estensione di tale meccanismo anche ai reati previsti dalle leggi relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro e all'igiene sul lavoro, l'effetto di questa previsione è stato quello di estromettere l'oblazione obbligatoria dall'ambito prevenzionistico.

Si deve sottolineare come il legislatore, nell'intento di affinare lo strumento penale, non intervenne lì dove si

²³⁵ Salvatore Dovere, cit., pag. 765.

²³⁶ Art. 162 *bis* c.p.: "Nelle contravvenzioni per le quali la legge stabilisce la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda, il contravventore può essere ammesso a pagare, prima dell'apertura del dibattimento, ovvero prima del decreto di condanna, una somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda stabilita dalla legge per la contravvenzione commessa, oltre le spese del procedimento.

Con la domanda di oblazione il contravventore deve depositare la somma corrispondente alla metà del massimo dell'ammenda.

L'oblazione non è ammessa quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'articolo 99, dall'articolo 104 o dall'articolo 105, nè quando permangono conseguenze dannose o pericolose del reato eliminabili da parte del contravventore.

In ogni altro caso il giudice può respingere con ordinanza la domanda di oblazione, avuto riguardo alla gravità del fatto.

La domanda può essere riproposta fino all'inizio della discussione finale del dibattimento di primo grado.

Il pagamento delle somme indicate nella prima parte del presente articolo estingue il reato."

muovono i congegni della penalizzazione²³⁷ ma piuttosto utilizzò il piano della degradazione dell'illecito in concreto, innovando il meccanismo in grado di assicurare l'estinzione del reato e la definizione del procedimento penale.

Il legislatore intervenne di nuovo in materia con il Dlgs. 758/1994, il quale, da un lato, trasformò tutte le pene previste per i reati in materia di prevenzione degli infortuni e di igiene del lavoro in quella alternativa dell'arresto o dell'ammenda (art. 26), dall'altro lato, agli artt. 19 ss. definì un complesso meccanismo, fondato sull'intervento di un organismo di vigilanza (O.d.V.), con il fine di ottenere la regolarizzazione delle condizioni di lavoro e il pagamento di una somma di denaro pari al quarto del massimo dell'ammenda prevista, e così facendo arrivare all'estinzione del reato. Ancora una volta, quindi, si rinnovò il legame tra contravvenzioni prevenzionistiche e istituti di degradazione dell'illecito in concreto²³⁸ (c.d. oblazione condizionata).

Come rilevato poc'anzi, l'istituto è stato confermato con l'art. 301 del Dlgs. n. 81/2008 che ne ha ribadita la centralità.

Nella versione originaria del Dlgs. 81/2008, l'attuazione della delega aveva trovato espressione in tre disposizioni – gli artt. 301, 302, 303 – che prevedevano rispettivamente: a) un meccanismo di estinzione delle contravvenzioni sanzionate con la pena alternativa, ricalcato sulla disciplina

²³⁷ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 766.

²³⁸ Salvatore Dove, cit.

prevista agli artt. 20 ss. Dlgs. 758/1994; b) la previsione della commutazione della pena detentiva in pecuniaria (art. 302 dlgs. 81/2008); c) una fattispecie accessoria attenuante speciale e ad effetto comune, a favore di chi si fosse concretamente attivato per la rimozione delle irregolarità riscontrate dagli O.d.V. e delle eventuali conseguenze dannose del reato²³⁹ (art. 303 dlgs. 81/2008).

Con il dlgs. 3 agosto 2009, n. 106, sono state apportate rilevanti correzioni che sono in perfetta linea con il dlgs. 81/2008 e con il precedente sistema. Il nuovo Dlgs. è andato ad incidere sui livelli sanzionatori e sulla disciplina dei meccanismi di definizione degli illeciti. Anzitutto, per quanto riguarda le modifiche delle cornici edittali, queste non toccano « nè gli equilibri del sistema nè le condizioni del suo funzionamento²⁴⁰ ».

In secondo luogo, il decreto del 2009 ha risolto alcuni problemi originali, estendendo l'area di operatività di alcuni istituti e introducendo nuovi strumenti di definizione di illeciti amministrativi. Difatti vediamo che, da un lato con l'art. 142 comma 1 del dlgs. 106/2009 è stato ampliato il campo di applicazione del meccanismo previsto ai sensi dell'art. 301 dlgs. 81/2008, estendendolo alle contravvenzioni per le quali è prevista la sola pena dell'ammenda, dall'altro, con l'art. 144 comma 1 del dlgs.

²³⁹ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 376.

²⁴⁰ Pulitanò, Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo, in *Dir. pen e proc*, 2010, pag. 106

106/2009, è stato riformulato il testo dell'art. 302 del dlgs. 81/2008, in tema di contravvenzioni sanzionate con la sola pena dell'arresto. Infine, è stato abrogato l'art. 303 del dlgs. 81/2008, il quale creava molte perplessità in ordine alla sua possibile sovrapposizione con l'art. 62, n. 5 del c.p.

3. La definizione degli illeciti contravvenzionali sanzionati con l'ammenda o con pena alternativa (art. 301 dlgs. 81/2008) - *Premessa.*

L'introduzione nel settore antinfortunistico di un meccanismo di estinzione delle contravvenzioni, tendente alla reintegrazione del precetto, si rivela uno strumento razionale finalizzato alla tutela effettiva della sicurezza²⁴¹.

L'istituto in esame rappresenta il traguardo delle riforme che si sono susseguite negli anni. In particolare, occorre ricordare l'ampia depenalizzazione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda attuata nel settore della sicurezza e igiene del lavoro attraverso il dlgs. 758/1994, in attuazione dell'art. 1 lett. e) legge n. 499/1993²⁴². La depenalizzazione si è espressa in forma «bilanciata», procedendo alla rivalutazione di tutti gli illeciti concernenti la sicurezza e l'igiene del lavoro²⁴³, nonché le specifiche condizioni psico-fisiche di determinate categorie

²⁴¹ Pulitanò, cit., pag 108

²⁴² Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 378.

²⁴³ Padovani, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1996-II, pag 1159.

di lavoratori e, delegando la tutela degli interessi coinvolti nell'attuazione del rapporto di lavoro alla sanzione amministrativa.

Nel capo II del dlgs. 758/1994 era stato, inoltre, introdotto il sistema delle c.d. prescrizioni dell'organo di vigilanza, subordinando l'estinzione della contravvenzione alla duplice condizione della reintegrazione dell'offesa tramite il tempestivo adempimento della prescrizione impartita dall'O.d.V. al contravventore, e del pagamento di una sanzione amministrativa ridotta rispetto a quella dell'ammenda²⁴⁴.

3.1 La *ratio* dell'istituto.

Al meccanismo estintivo in esame è affidata quella garanzia dell'effettività che la comminatoria edittale non riesce ad assicurare in termini esclusivi²⁴⁵. Quello che conta è ottenere l'osservanza delle condizioni di igiene e sicurezza determinate dalla legge, anche dopo che sia stata accertata una violazione. Le contravvenzioni, in questo settore, si radicano su condotte che creano un pericolo astratto per la vita, la salute e l'incolumità del lavoratore, e in forza di ciò, diviene prioritario bloccare la progressione dell'offesa e rimuovere la fonte del pericolo²⁴⁶, facendo leva sulla contro-

²⁴⁴ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 378.

²⁴⁵ Gargani, cit pag. 379.

²⁴⁶ Gargani, cit.

condotta del contravventore, che è incentivato a tenerla, in quanto, ad essa segue la possibilità di evitare le conseguenze sanzionatorie della violazione.

La finalità delle disposizioni previste nel Capo II del dlgs. 758/1994 è, da un lato, quella di favorire l'effettiva osservanza delle misure di prevenzione, dall'altro, quella di deflazionare il processo. Questo è stato confermato anche dalla Corte Costituzionale, la quale, ha sottolineato come la nuova disciplina miri a « (...) favorire l'effettiva osservanza delle misure di prevenzione e di protezione in tema di sicurezza e igiene sul lavoro, materia in cui l'interesse alla regolarizzazione delle violazioni, e alla correlativa tutela dei lavoratori, è di gran lunga prevalente rispetto all'applicazione della sanzione penale »²⁴⁷.

L'istituto, dunque, in prospettiva puramente logica, ruota intorno alla reintegrazione dell'offesa, attraverso un ravvedimento operoso, nel quale, se manca la spontaneità, viene a mancare anche la gratuità dell'effetto, che il contravventore può ottenere soltanto sopportando i costi dell'adempimento tardivo, oltre a quelli dell'oblazione²⁴⁸. In altri termini, la disciplina in esame rispecchia l'esigenza di attivare percorsi diretti all'effettività dell'osservanza, sia pur tardiva, che viene ricercata anche nel caso in cui si accerti che vi sia stata l'inosservanza, e viene dunque sempre privilegiata rispetto alla sua repressione pura e semplice²⁴⁹.

²⁴⁷ Corte cost., ord. 1998, n. 19, Giur. Cost., 1998-I, pag. 116.

²⁴⁸ Padovani, il nuovo volto del diritto penale e del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. ec., 1996-II, pag 1157 ss.

²⁴⁹ Padovani, cit, pag. 1171.

Possiamo in conclusione notare come, la centralità di questa disciplina sia confermata da una notevole rilevanza prasseologica²⁵⁰ e dall'alto tasso di effettività (tra il 60% e il 90% delle contravvenzioni iscritte nel registro delle notizie di reato²⁵¹).

3.2 La qualificazione del meccanismo estintivo.

Rispetto all'inquadramento dogmatico dell'istituto è possibile registrare una varietà di opinioni sia in dottrina sia in giurisprudenza.

Nelle prime applicazioni della disciplina, quando ancora era dominante il riflesso comparatistico²⁵² con l'istituto della diffida, l'attenzione degli interpreti è stata attratta dalla riconducibilità dell'oblazione condizionata alla categoria degli atti amministrativi²⁵³.

Il tema ha perso di interesse in quanto la Suprema Corte ha espressamente statuito che la prescrizione è atto estraneo alla sfera amministrativa, questo in quanto sono previsti dei reciproci obblighi di comunicazione fra pubblico ministero e O.d.V., la prescrizione è un atto di polizia giudiziaria ai sensi

²⁵⁰ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 380.

²⁵¹ Valentini, Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro (d. lgs. 758/1994), in Donini-Castronuovo (cur.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007, pag. 107.

²⁵² Salvatore Dovere, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in *Trattato di procedura penale*, vol. VII, Tomo II, pag. 803 ss.

²⁵³ V. § 4.4.

dell'art. 20 del dlgs. 758/94, e l'O.d.V., nell'impartire la prescrizione, opera alle dipendenze del pubblico ministero, perdendo ogni legame con la sfera amministrativa.

A questo punto, il problema della definizione della natura giuridica dell'istituto deve essere risolto sul piano delle categorie penalistiche.

La tesi maggioritaria propende per la qualificazione in termini di causa di procedibilità speciale²⁵⁴. La tesi identifica quali elementi di tale condizione di procedibilità: 1) che l'O.d.V. abbia impartito la prescrizione, fissando il termine per la regolarizzazione; 2) che l'O.d.V. abbia verificato l'esito della prescrizione, non oltre il termine di sessanta giorni; 3) che l'O.d.V. abbia ammesso il contravventore al pagamento della somma; 4) che l'O.d.V. abbia esperito le comunicazioni al P.M.²⁵⁵ In mancanza di uno di questi elementi si determina l'improcedibilità dell'azione. Corollari di siffatta ricostruzione sono: *a)* l'impossibilità per il P.M. di esercitare l'azione penale in assenza di uno dei citati passaggi; *b)* l'obbligo del giudice di verificare la regolarità della procedura; *c)* la possibilità di rilevare la mancanza di procedibilità anche in Cassazione²⁵⁶.

Un diverso orientamento opta, invece, per una strutturazione ibrida, riconoscendo nell'istituto tanto una

²⁵⁴ Cass. Pen. 11 novembre 1999, Giuzzo, in Cass. Pen., 2000, pag 2105 ss.; Cass. Pen., 31 marzo 2005, P.G. In proc. Maratea, in Cass. pena, 2006, pag 2360.

²⁵⁵ Salvatore Dovere, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 803 ss.

²⁵⁶ Salvatore Dovere, cit.

condizione di procedibilità quanto una condizione obiettiva di punibilità, infatti, da un lato, l'obbligo di sospendere il procedimento fino a quando non viene comunicato l'adempimento o il mancato pagamento della sanzione amministrativa configura una condizione di procedibilità, dall'altro, l'inadempimento della prescrizione costituisce condizione obiettiva di punibilità del reato²⁵⁷.

Vi è poi un'altra tesi, la quale riconduce a questa fattispecie una causa di estinzione del reato²⁵⁸.

La difficoltà di ricondurre l'istituto alle tradizionali categorie del diritto penale ha indotto la dottrina a proporre un inquadramento « sincretistico »²⁵⁹ che individua nella fattispecie in esame una sintesi tra condizione di procedibilità e causa di non punibilità in senso stretto²⁶⁰, con la conseguente estensibilità degli effetti favorevoli anche ai concorrenti. Secondo questa impostazione, dunque, il sistema delle prescrizioni è riconducibile nell'alveo delle cause di non punibilità sopravvenute, le quali sono incardinate sul ripristino dello *status quo antea* attraverso una contro-condotta da parte del reo finalizzata ad eliminare l'offesa del bene protetto. Infatti, il regolare espletamento della procedura è condizione di procedibilità del reato

²⁵⁷ Cass pen, 26 marzo 2004, Ranieri, in Cass pen, 2005, p 942; Cass pen, 24 ottobre 2007, Leccisi, in C.E.D. n. 238023.

²⁵⁸ Padovani, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, pp. 1168.

²⁵⁹ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in Reati contro la salute e la dignità del lavoratore, Torino, 2012, pag. 380.

²⁶⁰ Amarelli, Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro, Napoli 2008, pag 198.

contestato e, in caso di inosservanza da parte dell'O.d.V. delle scadenze sancite agli artt. 19 ss. del dlgs. 758/94, il giudice è tenuto a pronunciare sentenza di non luogo a procedere.

4. Un modello "dualistico".

Recentemente, la dottrina ha posto in evidenza la progressiva emersione di un modello dualistico: da un lato, il modello di matrice legislativa; dall'altro, il modello che si è sviluppato in virtù di un'evoluzione giurisprudenziale e, in particolare, a seguito delle pronunzie della Corte Costituzionale che hanno introdotto la c.d. "prescrizione ora per allora" e, cioè, la possibilità, pur in assenza di una prescrizione, di estinguere il reato attraverso la regolarizzazione spontanea della condotta, con il conseguente crollo delle barriere endoprocedimentali arrivando, poi, alla creazione di un ulteriore modello procedurale²⁶¹.

L'evoluzione dell'istituto è caratterizzata da due fondamentali linee di tendenza: la prima, registra una dilatazione orizzontale e verticale, operata dal legislatore; la seconda, si fonda sull'elaborazione giurisprudenziale di criteri integrativi ed estensivi della disciplina legislativa. In altri termini, il legislatore ha predisposto l'ipotesi tipica, e la giurisprudenza le ipotesi atipiche di oblazione condizionata.

²⁶¹ Gargani, cit., pag.382.

4.1 (*segue*) Interventi legislativi estensivi dell'ambito di applicazione dell'istituto: dal Dlgs. 758/94 al Dlgs. 81/2008.

Muovendo dall'originario ambito di applicazione dell'istituto, in base all'art. 19 comma 1 lett a) Dlgs. 758/1994, le contravvenzioni previste in materia di igiene e sicurezza del lavoro suscettibili di essere estinte attraverso il procedimento in esame erano soltanto quelle a comminatoria alternativa, identificate tassativamente, grazie ad un'apposita elencazione dei testi normativi allegata al decreto.

Il carattere a "numero chiuso" del sistema è stato convalidato da successivi interventi giurisprudenziali²⁶² e legislativi, che hanno esteso la disciplina del Dlgs. 758/1994 a nuove ipotesi contravvenzionali.

Recentemente, l'ambito oggettivo di operatività dell'istituto è stato ampliato attraverso un triplice intervento legislativo, incidente sul campo di disciplina e sull'entità del disvalore degli illeciti²⁶³, e in questo modo sono state indirettamente confermate le tesi favorevoli al c.d. adeguamento automatico della disciplina degli artt. 19 ss. del dlgs. 758.

- L'estensione al settore lavoristico e previdenziale: Art. 15 dlgs. 23 Aprile 2004, n. 124.

È necessario anzitutto rilevare che, grazie all'art. 15, si è previsto di estendere il meccanismo estintivo in esame anche

²⁶² Corte. Cost, sent. 3 giugno 1999, n. 212, in Giur. cost., 1999, pag. 1945 ss.

²⁶³ Amarelli, cit., pag. 121

oltre i confini del settore antinfortunistico, in riferimento a tutte le contravvenzioni in materia di lavoro e di legislazione sociale, punite con pena alternativa o con la sola pena pecuniaria, contenute in leggi « la cui applicazione è affidata alla vigilanza della direzione provinciale del lavoro » (art. 8 comma 2 lett c) legge n. 30/2003). Questo rinvio è aperto e indistinto²⁶⁴, senza alcun limite, neanche di natura cronologica ed è stato operato dal legislatore che in questo modo ha espresso la volontà di estendere il meccanismo estintivo al di fuori del settore antinfortunistico. Anche in questo caso, è necessario che un organo di vigilanza impartisca una prescrizione al contravventore, difatti l'art. 15 richiama gli artt. 20 ss. del dlgs. 758/1994. Di particolare interesse è, infine, il terzo comma della disposizione in esame, il quale fa riferimento alle ipotesi in cui la fattispecie è a condotta esaurita, ovvero, nelle ipotesi in cui il contravventore abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi di legge precedentemente violati. In questo modo, il legislatore ha tipizzato le ipotesi di regolarizzazione spontanea e, inoltre, ha esteso il meccanismo estintivo alle contravvenzioni a condotta esaurita²⁶⁵, le quali secondo la giurisprudenza costituzionale, invece, sono insuscettibili di essere definite con questo meccanismo.

²⁶⁴ Gargani, cit., pag. 384.

²⁶⁵ Valentini, Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. Dlgs. 758/1994. Ingiunzione ed eliminazione della situazione di pericolo: le ipotesi premiali nel diritto penale del lavoro, in Mazzacuva, Amati (a cura di), Il diritto penale del lavoro, Torino, 2007, pag. 610.

- L'estensione attuata mediante il Dlgs. 81/2008.

Come già osservato, l'art. 301 del dlgs. 81/2008 ha previsto l'applicabilità degli artt. 20 ss del dlgs 758/94 alle contravvenzioni in materia di igiene, salute, sicurezza del lavoro per le quali sia prevista la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda.

L'art. 301 ha determinato un effetto di "generalizzazione applicativa"²⁶⁶ dell'istituto in esame nell'ambito della sicurezza del lavoro. Nel rinviare espressamente alla disciplina contenuta agli artt. 20 ss. del dlgs. 758/94, l'art. 301 assorbe *per relationem* la regolamentazione e gli effetti della procedura estintiva, senza però sostituirsi all'originario disposto legislativo. È da rilevare, inoltre, come il rinvio effettuato dall'art. 301 non comprenda l'art. 19 del dlgs. 758/1994, il quale, delineava l'ambito oggettivo del meccanismo estintivo e disciplinava il novero dei soggetti preposti alla vigilanza, oggetto di una norma apposita – art. 13 - all'interno del dlgs. 81/2008.

Per quel che concerne il rapporto tra i decreti appena richiamati, si delinea una sorta di «complementarietà necessaria»²⁶⁷, ossia i due decreti incidono l'uno sull'altro.

L'unico limite a detta "generalizzazione" applicativa era rappresentato da contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda. Questo limite è stato, poi, abrogato con l'intervento correttivo del 2009 già richiamato (in particolare: art. 142, comma 1 del Dlgs. n. 106/2009).

²⁶⁶ Gargani, cit., pag. 384.

²⁶⁷ Gargani, cit.

4.2 Meccanismo estintivo: rimozione dei limiti procedurali.

Originariamente, la procedura estintiva in esame era stata considerata come una parentesi iniziale alle indagini preliminari²⁶⁸, destinata a sfociare in un decreto di archiviazione o di oblazione pre-processuale. Secondo la Corte Costituzionale, il meccanismo estintivo introdotto dal dlgs. 758/1994 è costruito in modo da operare esclusivamente all'interno della fase delle indagini preliminari, ed è finalizzato alla richiesta di archiviazione del reato e, quindi, ad evitare l'esercizio dell'azione penale²⁶⁹.

Recentemente, è sorto un contrasto giurisprudenziale in ordine all'emendabilità del mancato esperimento della procedura di regolarizzazione nel corso delle indagini preliminari²⁷⁰. In particolare, l'esigenza di deflazione e di tener presente l'eventualità di una deviazione patologica dell'O.d.V. (ad esempio in caso di omissione illegittima di ammissione al pagamento della somma) hanno indotto parte della giurisprudenza ad un atteggiamento più mite. In questi casi "patologici", secondo la Suprema Corte²⁷¹, rientra nel potere del giudice del dibattimento concedere un termine al contravventore e sospendere il processo.

²⁶⁸ Padovani, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in Riv. trim. dir. pen. econ., 1996, pp. 1168.

²⁶⁹ Corte cost., ord. 9 aprile 1998, n. 121, in Giur. Cost., 1998, pg 997.

²⁷⁰ Gargani, cit, pag 387.

²⁷¹ Cass. Sez. III, 17 febbraio 2006, Panetta, in C.E.D., 2006 n. 233486.

A questo orientamento si contrappone un indirizzo giurisprudenziale, in forza del quale si ritiene che in tal caso non sia possibile riattivare il sub-procedimento in quanto ormai è in corso la fase dibattimentale del processo. In particolare, siccome l'omessa integrazione di tutti i passaggi previsti dal testo della norma preclude l'esercizio dell'azione penale, non è possibile che, il giudice del dibattimento sopperisca *ex post* a tali inadempimenti o irregolarità rendendo procedibile un'azione penale che non avrebbe potuto essere esercitata²⁷². Inoltre, se si estendesse al giudice il compito di effettuare la prescrizione, il medesimo sarebbe chiamato a svolgere un compito riservato all'apprezzamento discrezionale della P.A.

La delicata questione è stata affrontata da una recente pronuncia della Cassazione²⁷³. La Suprema Corte ha affermato il principio secondo cui l'omessa indicazione da parte dell'organo di vigilanza delle prescrizioni di regolarizzazione in riferimento all'accertata violazione non impedisce la procedibilità dell'azione penale. Alla base di questo principio vi è la constatazione che la condizione di procedibilità in esame segua una duplice scansione temporale a seconda che: *a)* sia l'O.d.V. ad impartire al contravventore la prescrizione, fissando il termine per la regolarizzazione, con la conseguente sospensione del processo; *b)* che la notizia di reato pervenga direttamente al P.M. e che sia quest'ultimo a richiedere l'intervento

²⁷² Cass. Sez III, 6 giugno 2007, n 13278, in Cass. pen., pag 1554.

²⁷³ Cass. Sez III, 5 maggio 2010, C., n. 26758, in *dejure.it*.

dell'O.d.V. per la definizione della prescrizione (art. 22 dlgs. 758/94). In questo secondo caso, l'O.d.V. informa il pubblico ministero delle proprie determinazioni entro sessanta giorni dalla data in cui ha ricevuto comunicazione da quest'ultimo: il processo è sospeso fino a quando l'O.d.V. informa il pubblico ministero che ritiene di non impartire alcuna prescrizione, e comunque entro sessanta giorni dalla comunicazione del P.M., se l'O.d.V. omette di informare il P.M. delle proprie determinazioni.

Secondo la Suprema Corte non esiste alcun "diritto alla prescrizione", quindi il contravventore non ha diritto di ricevere la prescrizione di regolarizzazione dall'O.d.V.; nonostante questo, il contravventore è comunque tenuto a regolarizzare anche se alla prescrizione di legge non si aggiunga quella dell'organismo di vigilanza, infatti, nel caso in cui il contravventore tenga una condotta volta a regolarizzare quella precedente, può chiedere al giudice di essere ammesso all'oblazione ridotta.

In conclusione, deve escludersi che la mancata adozione di alcuna prescrizione di regolarizzazione da parte dell'O.d.V. possa determinare *tout court* l'improcedibilità dell'azione penale²⁷⁴, essendo invece possibile definire la vicenda con la procedura di oblazione agevolata, purchè il contravventore si adoperi per regolarizzare la propria posizione²⁷⁵.

²⁷⁴ Gargani, cit., pag 389.

²⁷⁵ Nello stesso senso v. anche Cass, sez III, 18 novembre 2010, Zecchino, in Dir. prat. lav., 2011, 297.

4.3 Il procedimento.

La procedura estintiva in esame viene delineata in termini di procedimento a formazione progressiva²⁷⁶, in cui l'effetto estintivo dell'illecito contravvenzionale è subordinato alla duplice condizione del ripristino della situazione conforme al diritto e del pagamento della somma di denaro prescritta. Una delle particolarità della procedura è data dal fatto che l'O.d.V. ha l'obbligo di comunicare la notizia di reato al P.M., da tale momento l'indagine preliminare rimane sospesa fino a quando l'organismo di vigilanza non comunica al pubblico ministero gli esiti della procedura di regolarizzazione. È necessario, inoltre, sottolineare che la sospensione non preclude la richiesta di archiviazione da parte del P.M. in caso di infondatezza della *notitia criminis* e non impedisce l'assunzione di prove con l'incidente probatorio²⁷⁷.

La procedura definitiva si articola « attraverso sequenze del tutto caratteristiche ²⁷⁸».

Secondo il combinato disposto dell'art. 301 dlgs. 81/2008 e gli artt. 20 ss. del dlgs. 758/1994, quando l'O.d.V. accerta una violazione alle norme in materia di sicurezza e igiene sul lavoro punite con la pena dell'arresto o dell'ammenda o solo con quest'ultima, allo scopo di eliminare la contravvenzione accertata e nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria²⁷⁹, impartisce al contravventore una prescrizione

²⁷⁶ Amarelli, Le ipotesi estintive cit., pag. 103.

²⁷⁷ Di Martino, La sequenza infranta, pag. 273.

²⁷⁸ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi cit., pag. 762.

²⁷⁹ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi cit., pag. 773.

con la quale ordina il ripristino delle condizioni di lavoro conformi alla legge e fissa un termine entro il quale deve avvenire la regolarizzazione. Il contravventore ha la possibilità di ottenere l'estinzione del reato mediante l'osservanza della prescrizione nel termine determinato dall'O.d.V. ed il pagamento di una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda prevista dalla norma violata²⁸⁰.

Il termine per l'adempimento non è previsto dal legislatore, ma deve essere stabilito dall'O.d.V., e comunque esso non può superare « il periodo di tempo tecnicamente necessario » (art. 20, comma 1) e può essere prorogato a richiesta del contravventore in caso di particolare complessità dell'adempimento, per un periodo che non può eccedere i sei mesi. Anche il termine prorogato può essere a sua volta dilazionato se ricorrono particolari circostanze non imputabili al contravventore che determinano un ritardo nella regolarizzazione²⁸¹. Questa ulteriore proroga può essere concessa solo per una volta, e non può essere superiore a sei mesi. In tal caso il provvedimento con il quale l'O.d.V. accorda la proroga è motivato e comunicato senza ritardo al pubblico ministero.

Entro sessanta giorni dalla scadenza prefissata per la regolarizzazione, l'O.d.V. verifica se la violazione è stata eliminata. La verifica può avere diversi esiti. Se l'adempimento della prescrizione è avvenuto secondo le modalità e nel termine definiti dall'O.d.V., il contravventore è

²⁸⁰ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi cit. pag. 773.

²⁸¹ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi cit. pag. 773.

ammesso a pagare entro trenta giorni la somma. In questo caso, l'O.d.V. dovrà, poi, verificare se è intervenuto il tempestivo pagamento e lo comunicherà al pubblico ministero (art. 21, comma 2). Il P.M. potrà quindi richiedere l'archiviazione del procedimento per estinzione del reato²⁸².

Se invece l'O.d.V. accerta che l'adempimento alla prescrizione è stato tardivo oppure eseguito con modalità diverse da quelle stabilite nella prescrizione dovrà dare comunicazione di ciò al P.M. e il contravventore potrà richiedere soltanto l'applicazione dell'art. 162 *bis* c.p., la somma da versare sarà la stessa, e cioè il quarto del massimo dell'ammenda, come previsto dall'art. 24, comma 3.

Se, infine, l'O.d.V. accerta il totale inadempimento della prescrizione nè da comunicazione al P.M. e al contravventore entro novanta giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione per la regolarizzazione.

4.4 La prescrizione: natura giuridica.

La prescrizione rappresenta il perno dell'intero meccanismo estintivo delineato nel decreto²⁸³.

L'istituto della prescrizione ha rappresentato un fattore di innovazione nel panorama dei poteri mediante i quali si estrinseca l'attività di vigilanza nel settore della sicurezza del lavoro.

Fino all'entrata in vigore del Dlgs. 758/1994, l'O.d.V. che

²⁸² Salvatore Dove, cit.

²⁸³ Padovani, Il nuovo volto cit., pag. 1168.

avesse accertato un illecito penale in materia di igiene e sicurezza del lavoro aveva la facoltà di diffidare il contravventore ad eliminare la violazione (art. 9 del d.P.R. 19 marzo 1955 n.520) e, se ritenuto necessario, di impartire specifiche disposizioni (art. 10 d.P.R. n.520/55).

La diffida si distingueva dalla prescrizione per il fatto che aveva quale unico destinatario il datore di lavoro, per il suo carattere discrezionale, per il fatto di operare sia per violazioni amministrative sia per violazioni penali e, infine, per l'appartenenza del relativo potere alla sfera amministrativa. La Corte di Cassazione per lungo tempo ha ritenuto la diffida un atto di natura amministrativa, non interferente nè con l'obbligo dell'ispettore del lavoro di dare comunicazione della *notitia criminis* al P.M. nè con il corso del procedimento penale. Successivamente con una serie di decisioni, la Suprema Corte²⁸⁴ ha modificato la propria opinione, ritenendo la diffida una condizione di procedibilità. Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite²⁸⁵, le quali, hanno sancito il principio in base al quale la diffida non determina la sospensione del procedimento penale e l'ottemperanza a tale atto non produce l'effetto di estinzione del reato.

La prescrizione è, oggi pacificamente, espressione delle funzioni di polizia giudiziaria. La distinzione è evidente in virtù della previsione di cui all'art. 25 del dlgs. 758/94, il quale, stabilisce che per le contravvenzioni soggette alla speciale procedura definitiva non si applicano le norme in

²⁸⁴ Cass. pen., 17 maggio 1990, Fasoli, in Cass. pen., 1991, pag. 135.

²⁸⁵ Cass. pen., 8 febbraio 1993, Simonetti, in Mass. giur. Lav., 1993, pag. 107.

materia di diffida e di disposizione. Inoltre, per effetto dell'art. 26 del dlgs. 758/1994 - tutti i reati in materia di igiene e sicurezza sul lavoro risultano puniti con la pena alternativa dell'arresto o dell'ammenda - alcuni hanno sostenuto che la diffida sia stata integralmente sostituita dalla prescrizione²⁸⁶.

L'atto prescrittivo, dunque, appartiene alla categoria degli ordini, ma non assume carattere amministrativo²⁸⁷, in quanto la legge lo ricollega espressamente all'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 del c.p.p. In particolare, esso rientra nell'ambito dell'attività volta ad impedire che i reati vengano portati a conseguenze ulteriori. La precisazione è molto significativa, perchè esclude che il provvedimento sia di per sè impugnabile mediante ricorso gerarchico o dinanzi al giudice amministrativo: circostanza che avrebbe compromesso l'efficienza della procedura stabilita dalla legge, non soltanto per la possibilità di sospensione della prescrizione, ma per gli inevitabili conflitti prospettabili fra giurisdizione penale e giurisdizione amministrativa²⁸⁸. Questo non significa che non vi sia tutela contro le prescrizioni illegittime: questa si realizzerà in forme indirette, all'interno del procedimento incidentale

²⁸⁶ Lorusso, La riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro: dalla legge 689 del 1981 al dlgs. n. 758 del 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1995, pag. 515.

²⁸⁷ La Corte di Cassazione ha confutato la tesi della natura amministrativa della prescrizione, ritenendo che a tale atto faccia difetto qualsiasi connotazione di discrezionalità e che esso fuoriesca dal novero dei provvedimenti amministrativi, sul piano soggettivo e sul piano oggettivo. V. Cass. Sez. I, 14 febbraio 2000, Rizzotti, in *Cass. pen.*, 2001, p. 1322.

²⁸⁸ Padovani, Commento al Dlgs 758/94, in *Legislazione penale*, 1995 pag. 378.

(art. 24, comma3).

Si discute poi, se la prescrizione abbia o meno il carattere della obbligatorietà. Un primo orientamento ha sostenuto che l'emanazione dell'atto prescrittivo costituisca un obbligo per l'organo di vigilanza, il quale accerti la commissione di una contravvenzione in tema di sicurezza e salute del lavoro²⁸⁹. Gli elementi che sono posti a sostegno di tale tesi riguardano, anzitutto, l'art. 22 del dlgs., nel quale si fa obbligo al P.M. di dare immediata notizia all'organo di vigilanza "per le determinazioni inerenti alla prescrizione che si renda necessaria allo scopo di eliminare la contravvenzione"²⁹⁰.

Un secondo orientamento ritiene, al contrario, che l'emanazione della prescrizione non sia oggetto di un "dovere vincolato"²⁹¹. In base a questa concezione, si interpreta l'art. 23 comma 2 nel senso che la prescrizione è subordinata ad una valutazione di stretta discrezionalità tecnica, e quindi che essa sarà impartita solamente nelle ipotesi in cui non sia materialmente o giuridicamente impossibile²⁹².

Si ritiene comunemente che la soluzione a favore della discrezionalità strettamente tecnica si riveli ancora oggi la più razionale, soprattutto nei casi di non coincidenza fra il contravventore e il soggetto che deve regolarizzare.

²⁸⁹ Pulitanò, Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale) – Aggiornamento, in Digesto, Torino, 2000, pag. 398

²⁹⁰ Corte cost., sent 19 febbraio 1998, n. 19, in Giur. Cost., 1998, pag 111.

²⁹¹ Padovani, Commento al dlgs 758/1994, in Legislazione penale, 1995, p. 378.

²⁹² Padovani, Commento cit.

In sintesi, l'emanazione della prescrizione è condizionata non già dalla valutazione discrezionale dell'organo di vigilanza, bensì alla praticabilità concreta della regolarizzazione e alla insussistenza di elementi, di natura giuridica o materiale, che rendano impossibile o superflua l'imposizione di misure finalizzate al ripristino delle condizioni di sicurezza²⁹³.

4.5 La titolarità del potere di prescrizione.

L'art. 20, comma 1 del Dlgs. 758/94 individua nell'O.d.V. investito delle funzioni di polizia giudiziaria il soggetto titolare del potere di prescrizione. L'art. 19 fornisce la definizione di « organo di vigilanza » agli effetti delle disposizioni recate dagli artt. 20 ss., affermando che è tale il personale ispettivo di cui all'art. 21, comma 3, della legge 833/1978, quindi, non vi è alcun dubbio in ordine alla titolarità del potere in capo al personale delle Asl.

Il Dlgs. 81/2008 ha introdotto una norma apposita relativa alla titolarità del potere di prescrizione, l'art. 13, infatti, l'art. 19 del Dlgs. 758/94 non viene richiamato all'interno del Dlgs. 81/2008.

La norma di recente introduzione, ha una formula chiusa, in quanto intende definire quali sono gli organi di vigilanza in materia di salute e sicurezza sul lavoro, mentre, l'art. 19

²⁹³ Valentini, Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. Dlgs. 758/1994. Ingiunzione ed eliminazione della situazione di pericolo: le ipotesi premiali nel diritto penale del lavoro, in Mazzacuva, Amati (a cura di), Il diritto penale del lavoro, Torino, 2007, pag. 429.

del dlgs. 758/94 si propone solo di indicare quali, tra gli organi di vigilanza, si vedono attribuito il potere di prescrizione²⁹⁴.

L'art. 13 del Dlgs. 81/2008 stabilisce che: « la vigilanza sull'applicazione della legge in materia di lavoro e sicurezza sui luoghi di lavoro sia svolta dall'azienda sanitaria locale competente per territorio e, per quanto di specifica competenza, dal Corpo nazionale dei vigili del fuoco ». Si prevedono, inoltre, in forma tassativa ulteriori ipotesi residuali in cui le funzioni ispettive sono attribuite al personale ispettivo delle Direzioni nazionali del lavoro. In riferimento alla qualifica dell'organo di vigilanza, l'art. 20 del Dlgs. 758/94 chiarisce che quest'ultimo accerta le contravvenzioni ed impartisce le prescrizioni nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 del c.p.p. L'attribuzione all'organo di vigilanza di tali funzioni costituisce un tratto distintivo rispetto alla procedura obblativa disciplinata dall'art. 162 bis del c.p., la quale, è condotta dall'autorità giudiziaria.

4.6 I casi di impossibilità di emanazione della prescrizione.

Com è stato dimostrato da autorevole dottrina²⁹⁵, in caso di rifiuto da parte dell'O.d.V. di impartire la prescrizione, il pubblico ministero, assunte le prove necessarie, può imporre

²⁹⁴ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 778.

²⁹⁵ Padovani, Commenti cit., pag. 379.

all'O.d.V. di impartirle. È, inoltre, possibile che il giudice del dibattimento, una volta verificato che non sussistono cause ostative alla regolarizzazione della violazione, imponga all'O.d.V. di impartire la prescrizione.

Le ipotesi di impossibilità materiale o giuridica di regolarizzazione della sanzione sono state al centro di alcune importanti prese di posizione della giurisprudenza costituzionale e di legittimità, che hanno progressivamente spostato il fulcro dell'istituto dalla prescrizione alla regolarizzazione²⁹⁶.

In ordine al problema dell'impossibilità materiale dell'emanazione della prescrizione si è pronunciata la Corte Costituzionale. È stata sollevata due volte la questione di costituzionalità del Dlgs. 758/94 rispetto agli artt. 3 e 76 della Cost. In entrambi i casi la Corte ha ritenuto la disciplina conforme ai principi costituzionali; con ordinanza di rigetto²⁹⁷ ha dichiarato manifestamente infondata la questione, ritenendo che, il difetto di regolarizzabilità dovuto ad impossibilità materiale non si ponesse in contrasto con l'art. 3 Cost. Le uniche violazioni suscettibili di regolarizzazione sarebbero, dunque, quelle in cui sussista la possibilità materiale di eliminare situazioni illecite non completamente esaurite. Negli altri casi si potrebbe usufruire tutt'al più della strada dell'ammissione all'oblazione discrezionale *ex art. 162 bis c.p.*

²⁹⁶ Salvatore Dove, Il progetto di riassetto e riforma delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro: l'estinzione delle contravvenzioni, in *Dir. pen. Proc.*, 2007, p. 665.

²⁹⁷ Corte cost., ord. 16 dicembre 1998 n. 416

La procedura in esame non è applicabile a tutte le ipotesi di reato, in quanto a seconda della struttura del reato stesso, questa sarebbe inutile, così è per il reato istantaneo²⁹⁸.

Dalla tesi dell'impossibilità di regolarizzare dipendente dalla struttura del reato e, quindi, basata sulla centralità del ruolo della regolarizzazione si è, dunque, passati alla valorizzazione della mera estinzione del reato²⁹⁹. Secondo la Cassazione³⁰⁰, infatti, deve ritenersi superata la giurisprudenza che riteneva inapplicabili gli artt. 20 ss. del decreto nelle ipotesi di mancanza della prescrizione da parte dell'O.d.V.

Le ipotesi di impossibilità giuridica, sono caratterizzate dal fatto che il contravventore e il soggetto munito dei poteri necessari per adempiere la prescrizione non coincidono nella stessa persona fisica. All'interno di queste ipotesi, è necessario distinguere le ipotesi di impossibilità iniziale, le quali comprendono i casi in cui *ab origine* la prescrizione non può essere emanata in quanto il destinatario non ricopre più il ruolo che lo metterebbe in condizione di adempiere, dalle ipotesi di impossibilità sopravvenuta, ad esempio il caso di rimozione forzata dall'incarico dopo che la

²⁹⁸ Non sembra trattarsi di un limite ontologico. L'estensione operata dall'art. 15 dlgs. 124/2004 della disciplina in esame alle contravvenzioni istantanee, è la riprova del difetto di incompatibilità ontologica fra atto prescrittivo e reato istantaneo. V. Bonini, Art. 15 d.lgs. 23 aprile 2004 n.124 (prescrizione obbligatoria), in Nuove leggi civili comm., 2005, 4, Padova, pag. 996.

²⁹⁹ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in Reati contro la salute e la dignità del lavoratore, Torino, 2012, pag. 397.

³⁰⁰ Cass., sez III, 1 aprile 2009, S., in C.E.D., 2009 n. 244079.

prescrizione è già stata impartita³⁰¹.

Con riferimento a questa seconda ipotesi, la Cassazione³⁰² ha fissato il principio secondo cui l'esclusione dalla procedura estintiva potrebbe essere disposta soltanto quando si giunga a dimostrare che « il contravventore ha ommesso di ottemperare alla prescrizione di regolarizzazione imposta dall'O.d.V. per sua negligenza, imprudenza o imperizia, o per inosservanza di norme regolamentari, ovvero se sia stato impossibilitato ad ottemperare per caso fortuito o per forza maggiore ». In dottrina, tale posizione viene criticata in quanto fondata sulla premessa secondo cui l'inadempimento della prescrizione costituirebbe una condizione obiettiva di punibilità intrinseca, e in quanto tale richiedente la dimostrazione della colpa del contravventore e non già, come sembra più corretto, di uno stadio del procedimento estintivo di un illecito già consumato³⁰³.

Nel caso di subentro di un nuovo datore di lavoro non è necessaria la reiterazione della prescrizione già indirizzata al contravventore, in quanto chi subentra è tenuto a verificare lo *status quo* e quindi anche le prescrizioni già impartite³⁰⁴.

Rispetto alle ipotesi di modifica *in itinere* del destinatario della prescrizione, con il conseguente adempimento da parte di un soggetto diverso dal destinatario originario dell'atto

³⁰¹ Gargani, cit, pag. 398.

³⁰² Cass., sez III 22 gennaio 2004, Ranieri, in Cass. pen., 2005, 942.

³⁰³ Amarelli, Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro, Napoli, 2008, pag. 147.

³⁰⁴ Cass, sez III, 17 luglio 2009, Corea, in Cass. pen., 2010, 2842.

prescrittivo, la dottrina³⁰⁵ ritiene che l'oggettivo adempimento da parte del successore nel ruolo del destinatario originario non impedisca l'ammissione del contravventore al pagamento in misura ridotta e alla possibilità di ottenere l'estinzione del reato, questa opinione è in contrasto con la riconosciuta rilevanza soggettiva delle cause estintive prevista nell'art. 182 c.p. La Cassazione³⁰⁶, però, ha ritenuto che la regolarizzazione effettuata da uno solo dei soci illimitatamente responsabili comporti l'estinzione del reato per tutti i concorrenti. In forza di questa decisione e delle interpretazioni dottrinarie possiamo notare che viene valorizzato maggiormente l'aspetto dell'oggettivo adempimento a discapito di quello soggettivo, cercando quindi di estendere ulteriormente l'operatività del meccanismo estintivo.

4.7 Le ipotesi di regolarizzazione "atipica": ampliamento dell'ambito di operatività dell'istituto.

Come già osservato, grazie alla manipolazione interpretativa della Corte Costituzionale, sono state introdotte ipotesi atipiche di regolarizzazione. In questa direzione, assume rilievo la regolarizzazione in difetto di prescrizione o in ottemperanza di una prescrizione irregolarmente impartita, ossia la c.d. prescrizione ora per

³⁰⁵ V. in particolare De Falco, La repressione dei delitti e delle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, Padova, 2000.

³⁰⁶ Cass. sez III, 27 giugno 2002, Giovannetti, in Dir. prat. lav., 2002, pag. 2386.

allora³⁰⁷.

L'art. 24 comma 3 è diretto a garantire il contravventore dai rischi di prescrizioni incongrue, infatti, prevede che se l'adempimento avviene entro un termine comunque congruo, o se l'adempimento eseguito con modalità differenti da quelle fissate nella prescrizione ha comunque portato all'eliminazione del danno o del pericolo, il giudice debba valutare la situazione creatasi ai fini dell'applicazione dell'art. 162 *bis* c.p. Se la valutazione del giudice dà esito positivo, il contravventore sarà ammesso a pagare, a titolo d'oblazione, la stessa somma che avrebbe dovuto versare in caso di osservanza della prescrizione³⁰⁸.

Questa disciplina di favore non si estende però, alle ipotesi in cui l'organo di vigilanza non abbia ritenuto di emanare la prescrizione, ma il contravventore abbia provveduto ad eliminare le conseguenze dannose o pericolose della propria condotta criminosa. In tal caso, ferma la possibilità di ricorrere all'oblazione discrezionale, la somma da pagare sarà pari alla metà del massimo.

L'impossibilità di essere ammesso alla procedura per ottenere la dichiarazione di estinzione del reato per coloro i quali avessero regolarizzato spontaneamente la violazione in assenza di prescrizione dell'O.d.V., è stata ritenuta dal giudice di merito irragionevole e, dunque, contraria all'art. 3 Cost. La Corte Costituzionale con sentenza interpretativa di

³⁰⁷ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 399.

³⁰⁸ Padovani, *Commenti cit.*, pag. 386.

rigetto³⁰⁹, ha sottoposto la disciplina impugnata ad una interpretazione costituzionalmente orientata, volta a ricondurre anche l'ipotesi di regolarizzazione spontanea nel campo di applicazione della norma. Ha ritenuto, dunque, che fosse necessario estendere la facoltà di estinguere la contravvenzione anche nei confronti dei soggetti che, pur trovandosi in una situazione atipica, siano meritevoli di beneficiare degli stessi effetti sottesi alla procedura ordinaria.

L'omogeneità sostanziale³¹⁰ di tali situazioni atipiche rispetto a quelle tipiche, sebbene formalmente distinte, costituisce la *ratio* dell'estensione dello strumento premiale oltre il perimetro prestabilito dal legislatore, tenuto conto della duplice finalità di tale strumento – e cioè, l'esigenza di favorire l'osservanza delle misure di prevenzione e, l'istanza di deflazione processuale.

La creazione di « vie d'uscita »³¹¹ al reo che abbia comunque riparato le conseguenze dannose o pericolose del reato è, quindi, espressione della prevalenza attribuita alla salvaguardia della salute dei lavoratori e alla deflazione processuale, rispetto all'altro bene giuridico in gioco e cioè, l'ossequiosa osservanza della disciplina dettata dagli artt. 20 e ss. del decreto³¹². Quello che davvero conta ai fini dell'estinzione del reato è che sia avvenuta la

³⁰⁹ Corte cost., 18 febbraio 1998, n. 19, in Giur. Cost., 1998, 11.

³¹⁰ Gargani, cit.

³¹¹ Gargani, cit, pag 400.

³¹² Amarelli, Le ipotesi estintive in materia di sicurezza sul lavoro, Napoli, 2008, pag 152.

regolarizzazione della violazione.

4.8 L'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose in assenza di prescrizione.

Un ulteriore passo in avanti verso la "svalutazione della prescrizione"³¹³ è segnato, ancora una volta, dalla Corte Costituzionale³¹⁴, la quale, ha affermato che, nel caso in cui le conseguenze dannose o pericolose siano venute meno grazie al comportamento spontaneo dell'autore dell'infrazione, o che anche dopo la consumazione del reato il contravventore vi abbia posto rimedio, il contravventore potrebbe comunque essere ammesso, previo pagamento della somma dovuta, al procedimento in esame.

Le conseguenze di questa nuova impostazione sono due: da un lato, la prescrizione non è più il presupposto indiscutibile della regolarizzazione rilevante ai fini estintivi; dall'altro, per poter accedere all'istituto premiale è sufficiente l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose, in quanto questa, viene presa in considerazione dal dlgs. 758/94 ai fini dell'applicabilità dell'art. 162 *bis* del c.p. In virtù di questa seconda conseguenza, notiamo come, il "fulcro teleologico"³¹⁵ del meccanismo estintivo si sposta sul profilo sostanziale della regolarizzazione e della

³¹³ Salvatore Dove, Progetto di riassetto e riforma cit, pag. 662

³¹⁴ Sent. 416/98 già cit.

³¹⁵ Gargani, cit., pag. 401.

eliminazione degli effetti dannosi e pericolosi del reato. Difatti, la Corte Costituzionale con ordinanza³¹⁶ ha stabilito il principio secondo cui il giudice può ricondurre tutte le ipotesi sostanzialmente omogenee nell'alveo della procedura estintiva prevista dagli artt. 20 ss. del dlgs. 758/1994 e, quindi, la circostanza che l'O.d.V. non abbia impartito alcuna prescrizione al contravventore non impedisce a quest'ultimo di richiedere di essere ammesso all'oblazione in sede amministrativa (*ex art. 21 comma 2*) ovvero non impedisce, successivamente, all'imputato di chiedere al giudice di essere ammesso all'oblazione ordinaria in sede giudiziaria nella stessa misura dell'oblazione in sede amministrativa.

4.9 Ampliamento del raggio applicativo dell'istituto.

La tendenza giurisprudenziale appena esposta ha provocato un progressivo ampliamento del raggio applicativo dell'istituto in esame, non solo nei suoi profili sostanziali ma anche in ambito procedurale. Alla caduta dei limiti procedimentali³¹⁷, è sottesa l'idea che la regolarizzazione possa essere invocata e provata in ogni momento, senza nessun tipo di barriera procedurale.

La centralità funzionale e teleologica progressivamente assunta dall'attività di eliminazione delle conseguenze dannose e perisole a discapito del ruolo fondante attribuito dal legislatore all'atto prescrittivo, emerge

³¹⁶ Corte. Cost., ord. 4 giugno 2006, n. 192, in *Giur. cost.*, 2003, pag. 1464.

³¹⁷ Salvatore Dovere, *I procedimenti definitivi cit.*

ulteriormente nella recente svalutazione giurisprudenziale di quanto previsto all'art. 20 comma 1 del dlgs. 758/94, nella parte in cui richiede che la prescrizione venga impartita dall'organismo di vigilanza nell'esercizio delle funzioni di polizia giudiziaria (art. 55 c.p.p.).

Come poc'anzi sottolineato, la Corte Costituzionale³¹⁸ è intervenuta sul punto, riconfermando il principio secondo cui il contravventore che ha rimosso le conseguenze dannose e pericolose, potrà essere ammesso al procedimento estintivo, e questo prescindendo dalla natura irrituale della prescrizione.

4.10 Meccanismo estintivo: due differenti regimi.

La citata elaborazione giurisprudenziale ha determinato, dunque, la degradazione dei presupposti della fattispecie estintiva normativamente descritta, i quali divengono eventuali o accessori. La prescrizione, in origine requisito essenziale, oggi, è divenuta un elemento meramente eventuale o accessorio: ciò che rimane quale elemento primario è il pagamento della somma stabilita.

Gli interventi della Corte hanno, inoltre, portato alla instaurazione di due modelli di oblazione condizionata – quello legale e quello giurisprudenziale. Parte degli sviluppi giurisprudenziali è stata positivizzata grazie al Dlgs. 124/2004, il cui art. 15 comma 3 ha esteso l'ambito di

³¹⁸ Corte. Cost., ord. 4 giugno 2006, n. 192, in Giur. cost., 2003, pag. 1464.

applicazione della fattispecie estintiva anche alle ipotesi in cui il trasgressore abbia autonomamente provveduto all'adempimento degli obblighi sanciti dalla legge prima dell'emanazione della prescrizione.

L'intervento legislativo del 2004 non si è limitato a recepire il diritto vivente, infatti, ha esteso l'ambito applicativo della fattispecie estintiva anche alle contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda, e ha stabilito, inoltre, che la fattispecie in esame trovi applicazione anche nel caso di contravvenzioni a condotta esaurita e cioè, in quelle ipotesi che, fino a quel momento non erano state prese in considerazione neanche dalle interpretazioni della Corte Costituzionale, in cui vi fosse impossibilità materiale o giuridica di emanare la prescrizione³¹⁹. Successivamente anche la giurisprudenza si è adeguata a questa nuova disciplina³²⁰.

Resta da chiedersi se la disciplina prevista nell'art. 15 del Dlgs. 2004 possa davvero ritenersi integrativa del procedimento in esame. Accanto a chi sostiene che la materia della sicurezza e igiene del lavoro non possa rientrare nella legislazione sociale vi è chi propende per un'interpretazione più estensiva. In primo luogo, si sostiene che l'estensione dell'art. 15, dlgs. 124/2004 anche alla materia di sicurezza del lavoro consentirebbe di soddisfare maggiormente l'interesse primario alla regolarizzazione delle violazioni in

³¹⁹ Amarelli, *Le ipotesi estintive in materia di sicurezza sul lavoro*, Napoli, 2008, pag.155.

³²⁰ v. Cass. sez III, 6 giugno 2007, cit, 1554.

quanto restituirebbe funzioni di vigilanza amministrativa agli ispettori del lavoro anche nel campo della sicurezza del lavoro, eliminando notevoli complicazioni operative. Si propone poi, un'interpretazione *lata* del concetto di reati a condotta esaurita che, abbandonando la nozione tecnico-dogmatica conducente ai soli reati istantanei, permetta di ricomprendervi « tutti i casi in cui il contegno, pur avendo integrato ed esaurito l'offesa, è ancora effettivamente e concretamente realizzabile »³²¹. La tesi favorevole ad una accezione *lata* dell'espressione « violazioni in materia di lavoro e di legislazione sociale » non è condivisibile, anzitutto perchè in materia prevenzionistica gli ispettori del lavoro dovrebbero fare ricorso alla diffida *ex art.* 13 del dlgs. 124/2004, per dare corso all'estinzione agevolata delle violazioni amministrative, mentre l'O.d.V. non può utilizzare tale strumento giuridico ma, deve fare esclusivo riferimento all'art. 301 *bis* del dlgs. 81/2008³²². Questa interpretazione è evocativa della concezione unitaria della figura della prescrizione. A tale ricostruzione si può obiettare che l'art. 301 dlgs. 81/2008 non contiene alcun riferimento ad una simile ipotesi³²³.

Inoltre, la Corte Costituzionale³²⁴ ha escluso espressamente dal campo di applicazione dell'art. 15 la

³²¹ Valentini, Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro (d.lgs 758/94), in Donini, Castronovo (a cura di), La riforma dei reati contro la salute pubblica, Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti, Padova, 2008, pag. 108 ss.

³²² Salvatore Dove, I procedimenti definitivi cit., pag. 784.

³²³ Gargani, cit., pag. 404.

³²⁴ Corte cost., sent. 14 ottobre 2005, n. 384, in Dir. prat. lav., 2005, pag. 2318.

materia della salute e della sicurezza del lavoro. Sembra, dunque, più razionale, a questo punto, sostenere che nel nostro ordinamento siano previsti due differenti regimi estintivi: il primo, più restrittivo, previsto per le contravvenzioni in materia di salute e sicurezza del lavoro disciplinato dal combinato disposto dell'art. 301 dlgs. 81/2008 e gli artt. 20 ss. del dlgs. 758/94; il secondo, più estensivo, valido per la legislazione sociale così come integrato dall'art. 15 del Dlgs. 124/2004. In questa direzione è necessario aggiungere che la definizione del reato prevista dagli artt. 20 ss. del dlgs. 758/94 è possibile solo per i reati permanenti e per i reati istantanei ad effetti permanenti, in rapporto ai quali deve intendersi operato il riferimento alle conseguenze dannose o pericolose³²⁵.

4.11 Il contenuto della prescrizione.

Il contenuto della prescrizione, nella parte in cui essa si riferisce al comportamento necessario per l'eliminazione della contravvenzione, non è predeterminato dalla legge, mentre, è espressamente previsto che con la prescrizione l'O.d.V. possa imporre specifiche misure atte a far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori durante il lavoro. In base a queste prime considerazioni, sembrerebbe che il contenuto indefettibile della prescrizione si riduca alla reiterazione del precetto normativo violato;

³²⁵ Salvatore Dovere, i procedimenti definitivi cit., pag. 782.

mentre solo quando si tratti di provvedere interinalmente³²⁶ e con urgenza alla salvaguardia della tutela della sicurezza dei lavoratori, la prescrizione debba includere "misure specifiche".

In realtà, se è pacifico che la "tutela interinale"³²⁷ non può non assumere un contenuto specifico, la prescrizione finalizzata ad assicurare l'osservanza del precetto violato non può non presentare caratteri diversi in relazione al contenuto di tale precetto.

In forza di questi rilievi, notiamo che a seconda della struttura della norma violata la prescrizione assume forme diverse. Se la norma cautelare violata ha una struttura rigida, nella quale cioè la misura da adottare è determinata in modo inequivocabile, la prescrizione si limita a reiterare la formula legislativa. Se la struttura della norma violata è, al contrario, elastica, la prescrizione individua in modo inedito le misure da adottare³²⁸.

La conclusione trova un fondamento normativo nell'art. 21 primo comma del decreto, nel quale si prevede che la verifica dell'O.d.V. si estende anche alle modalità indicate dalla prescrizione, ed inoltre nell'art. 24 terzo comma, che disciplina il caso in cui l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose sia avvenuta con modalità diverse rispetto a quelle indicate dall'organismo ma ugualmente

³²⁶ Padovani, Commenti cit, pag 379.

³²⁷ Padovani, cit., pag. 379.

³²⁸ Salvatore Dovere, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 789.

legittime ed efficaci. Si tratta di indici indiretti, ma evidenti, che la prescrizione non si limita alla sola reiterazione del precetto normativo.

Tra le disposizioni più frequenti dell'O.d.V. vi è la sospensione dell'attività. A tal riguardo si rende noto un intervento della Cassazione³²⁹, per la quale l'ordine di cessazione della attività va ricondotto fra le specifiche misure per far cessare la situazione di pericolo per la sicurezza o la salute dei lavoratori.

Inoltre, ci si è chiesti in dottrina se la c.d. "prescrizione ora per allora", atto "extraordinem"³³⁰, dovesse seguire tutti i passaggi sanciti agli artt. 21 ss del dlgs. 758/94, oppure potesse condizionare la ritualità del procedimento ordinario. La questione è stata chiarita dall'art. 15 del dlgs. 124/2004, il quale, prevede espressamente che in tali ipotesi debba applicarsi la procedura prevista nel presente articolo.

4.12 L'esito della procedura: ipotesi fisiologica.

Ai sensi dell'art. 21, comma 1 del dlgs. 758/94, entro sessanta giorni dalla scadenza del termine prefissato, l'organo di vigilanza deve verificare se la violazione è stata eliminata secondo le modalità e nel termine indicati nella prescrizione.

Nel caso in cui la verifica dell'adempimento abbia esito positivo l'O.d.V. ammette il contravventore a pagare in sede

³²⁹ Cass. pen., 16 settembre 2009, Santoro, in C.ED., n. 244079.

³³⁰ Gargani, cit., pag. 406.

amministrativa, nel termine di trenta giorni, una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa (art. 21, comma 2). Per la declaratoria di estinzione si richiede, quindi, che la rimozione del danno o del pericolo sia accompagnata dal pagamento di una sanzione amministrativa. Si deve, inoltre, notare come non sia prevista una possibilità di proroga del termine per il pagamento della sanzione, al contrario di quanto espressamente stabilito per la regolarizzazione. Di qui, la difficoltà di valutare gli effetti di un eventuale pagamento tardivo, sia di riconoscere la possibilità di rateizzare il pagamento³³¹.

Sul punto si è espressa la Suprema Corte³³², secondo la quale nei casi in cui lo Stato rinuncia a perseguire il colpevole, riconoscendogli la possibilità di determinare l'estinzione del reato con l'adempimento dell'obbligazione amministrativa, la trasformazione dell'illecito penale in amministrativo può essere ammessa per il suo carattere eccezionale, solo se attuata nei termini previsti e prima del processo. Il fatto di sottolineare il suo carattere eccezionale comporta che il termine debba essere considerato a carattere perentorio, quindi, l'effetto premiale è precluso in caso di omissione del pagamento o di tardività dello stesso.

Deve essere segnalata, infine, una posizione

³³¹ Salvatore Dovere, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag 793.

³³² Cass. sez III, 9 febbraio 2005, Maratea, in Cass. pen., 2006, p 2260.

giurisprudenziale recente³³³ che, in contrasto con il citato orientamento, ritiene il pagamento tardivo non impeditivo rispetto al verificarsi dell'effetto estintivo, qualora si realizzi comunque prima dell'esercizio dell'azione penale da parte del pubblico ministero.

Nell'art. 21 comma 1, ultimo inciso, è previsto un ulteriore termine, questa volta di centoventi giorni dalla scadenza del termine fissato nella prescrizione, entro i quali, l'O.d.V. ha l'obbligo di comunicare al pubblico ministero l'adempimento della prescrizione e l'eventuale pagamento della somma, con la conseguente richiesta di archiviazione da parte del P.M. al G.i.p.³³⁴

4.13 (*segue*) L'ipotesi patologica.

Qualora l'O.d.V. accerti che il contravventore non ha adempiuto o non ha adempiuto correttamente, deve dare comunicazione entro novanta giorni al pubblico ministero affinché il procedimento penale, fino a quel momento rimasto sospeso, possa riprendere nei confronti dello stesso contravventore il quale ha la possibilità di attivarsi per far valere le proprie ragioni nelle forme previste dall'art. 24 comma 3, ed essere ammesso all'oblazione discrezionale *ex* art. 162 *bis* c.p.³³⁵

³³³ Trib. Pistoia, 16 maggio 2009, in *Giur. Merito.*, 2010 I, p 210.

³³⁴ Gargani, *Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro*, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 408.

³³⁵ Padovani, *Commenti cit.*, pag.386.

In caso di inadempimento relativo o tardivo e cioè, riferito alle sole modalità di regolarizzazione o alla scadenza del termine fissato, il contravventore potrà essere ammesso alla forma di oblazione agevolata, invece nei casi di inadempimento assoluto o di adempimento parziale è preclusa anche tale possibilità. L'attribuzione di peculiari effetti all'adempimento tardivo concorre a far ritenere a carattere perentorio il termine fissato per l'adempimento della prescrizione³³⁶.

È necessario, inoltre, dar conto di alcune prese di posizione della Cassazione in ordine alla rilevanza dell'impossibilità oggettiva della regolarizzazione per fatto incolpevole del contravventore, con particolare riferimento all'ipotesi di perdita di titolarità dei poteri necessari per la regolarizzazione. Inizialmente la Suprema Corte³³⁷ era restia sul punto, motivando questa sua posizione in virtù del carattere eccezionale della procedura; più di recente³³⁸, invece, ha ritenuto che, ferma la necessità del pagamento della somma, il giudice ha il potere-dovere di verificare se il mancato adempimento da parte del contravventore sia dovuto a dolo, colpa o cause di forza maggiore.

Nel caso di inosservanza dei doveri derivanti dalla prescrizione, si creano, peraltro, i presupposti di una

³³⁶ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 791.

³³⁷ Cass. sez. III., 9 ottobre 2002, Fagione, in C.E.D., 2002 n. 222919.

³³⁸ Cass. sez. III., 11 gennaio 2008, Pirovano, in C.E.D., 2008 n. 239279.

responsabilità non più circoscritta a reati contravvenzionali³³⁹, ma che potrebbe divenire responsabilità per il delitto doloso di cui all'art. 437 c.p.³⁴⁰

4.14 La c.d. oblazione agevolata.

Secondo l'art. 24 comma 3 del decreto in esame, sia l'ipotesi in cui il contravventore adempia tardivamente, sia l'ipotesi in cui l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose sia avvenuta con modalità diverse da quelle prescritte, sono valutate dal giudice ai fini dell'applicazione dell'art. 162 *bis* c.p., ma in tal caso la somma da versare è ridotta al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione medesima. Si tratta di una soluzione estintiva ibrida³⁴¹, che si trova a metà strada fra l'oblazione facoltativa e la procedura estintiva in esame e, riguarda esclusivamente le ipotesi previste dall'art. 24 secondo comma e che non può trovare applicazione in caso di adempimento tempestivo non accompagnato dal pagamento tempestivo della somma ai sensi dell'art. 21 comma 2.

È stato autorevolmente osservato che, l'art. 24 comma 3, costituisca una « norma chiave », in quanto è diretta a tutelare il contravventore da prescrizioni incongrue³⁴². A

³³⁹ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 409.

³⁴⁰ Pulitanò, *Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale) – Aggiornamento*, in *Digesto*, Torino, 2000, pag. 399

³⁴¹ Gargani, cit., pag. 410.

³⁴² Padovani, *Commenti*, cit., pag. 386.

fronte della possibilità di prescrizioni tecnicamente inadeguate il contravventore è ammesso ad una sorta di "autotutela legittima"³⁴³, nel caso si dimostri che all'inadempimento rilevato dall'O.d.V. corrisponda un adempimento diverso nei tempi o nelle modalità.

A tali ipotesi, secondo parte della dottrina, deve essere equiparato il caso in cui il contravventore abbia cessato di svolgere l'attività interessata dalla prescrizione, nonché i casi di ingiustificato rifiuto di proroga, oppure, in caso di concessione di un termine troppo breve per l'adempimento da parte dell'O.d.V.³⁴⁴ In queste ipotesi la prova del sostanziale adempimento deve essere data dal contravventore.

4.15 La tutela del contravventore contro eventuali "abusi" da parte dell'O.d.V.

Si ritiene che, nel periodo in cui il processo penale rimane sospeso, l'autorità giudiziaria sia comunque titolare di un potere di sindacato sull'operato dell'O.d.V.³⁴⁵.

Tra le ipotesi più controverse vi sono quelle relative all'adempimento della prescrizione oltre il termine fissato e alla ritenuta inosservanza della prescrizione. In entrambi i casi si è ritenuto plausibile che, vi sia la possibilità per il giudice di considerare, comunque, l'adempimento idoneo ai

³⁴³ Padovani, cit.

³⁴⁴ Padovani, Commenti, cit. 386.

³⁴⁵ Gargani, cit., pag. 410; Salvatore Dovere, cit., pag. 666.

fini dell'applicazione dell'art. 162 *bis*, grazie alla previsione dell'art. 24.

Un simile meccanismo presuppone, però, che il contravventore abbia richiesto l'oblazione nelle forme e nei tempi previsti dall'art. 162 *bis*, in questo modo si svuota il sindacato giurisdizionale su eventuali errori dell'O.d.V., i quali, rimangono irrimediati.

È da aggiungere, inoltre, che spesso il contravventore rimane senza la possibilità di beneficiare anche dell'oblazione di cui all'art. 162 *bis* e questo in quanto tale norma prevede dei requisiti personali, i quali, non sono richiesti dagli artt. 20 ss. del decreto³⁴⁶.

Il riconoscimento di un effettivo sindacato giurisdizionale, dovrebbe, invece, portare alla ricerca di soluzioni che permettono al contravventore di poter beneficiare ugualmente degli effetti estintivi di cui all'art. 24 comma 1. In forza delle ordinanze pronunciate dalla Corte Costituzionale, si è prevista la possibilità di restituire al contravventore la facoltà di estinguere il reato ai sensi dell'art. 24 comma 1, qualora tale possibilità gli sia stata erroneamente preclusa dall'O.d.V.³⁴⁷.

³⁴⁶ Salavatore Dovere, Progetto di riassetto e riforma, pag. 667.

³⁴⁷ Dovere, cit., pag. 667.

5. Criterio di definizione e di estinzione delle contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto (art. 302 dlgs. 81/2008) – *Premessa*.

Fino al 2008 gli illeciti penali sanzionati con la sola pena dell'arresto erano quelli insuscettibili di qualunque forma di estinzione. Nel sistema sanzionatorio delle violazioni in materia di igiene e sicurezza del lavoro, il ruolo centrale appartiene alla depenalizzazione e al profilo, ad esso correlato, della scelta degli illeciti da mantenere nell'area del diritto penale. In questa prospettiva, è stata emanata la legge n. 499/1993, la quale, pur trasformando in illeciti amministrativi le contravvenzioni punite con la sola pena dell'ammenda, si preoccupava di conservare rilievo penale ad una serie di violazioni che comportavano un'offesa significativa agli interessi dei lavoratori. L'impianto sanzionatorio venne riformulato in modo da avere un "assetto di decrescente gravità"³⁴⁸, nel quale fossero presenti tre livelli: al primo livello le contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto da applicare indefettibilmente; al secondo livello le contravvenzioni punite con la pena alternativa, estinguibili in vario modo; al terzo livello, gli illeciti amministrativi puniti con sanzione pecuniaria indefettibile³⁴⁹.

Con il Dlgs. 81/2008 è stato introdotto un innovativo

³⁴⁸ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012, pag. 412.

³⁴⁹ Gargani, cit.

meccanismo di sostituzione della pena detentiva e di estinzione del reato subordinato ad una contro-condotta riparatoria del contravventore.

5.1 (*segue*) : dalla disciplina originaria all'intervento correttivo.

Nella formulazione originaria, l'art. 302 dlgs. 81/2008 stabiliva che, per le contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto, il giudice applicasse in luogo dell'arresto la pena dell'ammenda in misura compresa fra 8.000 euro e 24.000 euro, se entro la conclusione del primo grado risultassero eliminate tutte le irregolarità, le conseguenze dannose del reato e le fonti di rischio. Si prevedevano, inoltre, due cause ostative³⁵⁰, rappresentate dal fatto che la violazione avesse avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro e che il fatto fosse stato commesso da un soggetto che era già stato condannato per la violazione di norme prevenzionistiche. Si stabiliva, inoltre, che la contravvenzione si estinguesse una volta decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza senza che l'imputato avesse commesso reati della stessa indole.

Nella versione introdotta dall'art. 144 comma 1 dlgs. 106/2009, l'art. 302 dlgs. 81/2008 è stato riscritto: esso non contiene più il riferimento al limite temporale della conclusione del giudizio di primo grado e, inoltre, la soglia

³⁵⁰ Gargani, cit, pag.412.

minima dell'ammenda è stata portata a 2.000 euro, ed è fissata in 12 mesi l'entità della pena dell'arresto sostituibile con la pena dell'ammenda.

Al primo comma si prevede che per le contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto, il giudice può, su richiesta dell'imputato sostituire la pena irrogata (che non superi 12 mesi) con il pagamento di una somma determinata secondo i criteri stabiliti dall'art. 135³⁵¹ c.p. La sostituzione può avvenire solo quando siano state eliminate tutte le fonti di rischio e le conseguenze dannose.

Per quanto riguarda le cause di esclusione della sostituzione, l'attuale secondo comma mantiene la preclusione di carattere oggettivo, prevedendo che il beneficio venga escluso quando la violazione abbia avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro dal quale sia derivata la morte o la lesione personale che abbia comportato l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni per un periodo superiore a quaranta giorni.

Viene meno la causa ostativa di carattere soggettivo, relativa all'ipotesi di commissione del fatto da parte di un soggetto già condannato con sentenza definitiva per un reato della stessa indole³⁵².

Resta immutato il terzo comma della disposizione in esame, il quale prevede le condizioni cui è subordinata

³⁵¹ Art. 135 c.p.: "Quando, per qualsiasi effetto giuridico, si deve eseguire un ragguaglio fra pene pecuniarie e pene detentive, il computo ha luogo calcolando euro 250, o frazione di euro 250, di pena pecuniaria per un giorno di pena detentiva".

³⁵² Gargani, cit, pag. 414.

l'estinzione del reato a seguito dell'attività riparatoria.

5.2 *Ratio* del nuovo istituto.

Secondo un'opinione dottrinale³⁵³, l'istituto in esame da un lato presenta i connotati funzionali delle cause sopravvenute di non punibilità e, dall'altro, ha i medesimi caratteri strutturali dell'oblazione discrezionale e della sospensione condizionale.

Secondo una diversa opinione dottrinale³⁵⁴, l'istituto in esame è, invece, in parte riconducibile alle cause estintive, in parte alle sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi, con le quali condivide l'effetto di trasformazione della sanzione e l'obiettivo di deflazione carceraria.

Degne di nota sono l'originalità e l'innovazione insite nel meccanismo previsto all'art. 302. Difatti, l'istituto in esame, ha dei connotati diversi e originali sia rispetto all'oblazione dell'art. 162 *bis* c.p. sia rispetto al meccanismo previsto dagli artt. 20 ss del dlgs 758/1994. Rispetto all'oblazione, l'effetto estintivo non è collegato al pagamento di una somma, ma ad una vera e propria sostituzione della pena dell'ammenda a quella dell'arresto, "teleologicamente orientata allo scopo

³⁵³ Valentini, La sostanziale continuità fra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro in AA.VV, Il Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il dlgs 81/2008 e il dlgs 106/2009, a cura di Galantino, Torino, 2009, 305.

³⁵⁴ Salvatore Dove, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in Trattato di procedura penale, vol. VII, Tomo II, pag. 808.

ripristinatorio"³⁵⁵. Rispetto, invece, all'oblazione condizionata, è stato rilevato come, la necessaria eliminazione del pericolo e la valorizzazione delle tradizionali funzioni della pena, rendono il nuovo meccanismo diverso da quello previsto nel dlgs. 758/94. Il fatto di non chiamare in causa l'O.d.V. e la mancata restituzione all'autorità giudiziaria del potere di valutazione tecnica della questione sono, infatti, i caratteri "inediti" del nuovo meccanismo premiale che lo distinguono da quello previsto nel dlgs. 758/94. Infine, un ultimo elemento di distinzione è rappresentato dall'assenza, nel meccanismo *ex art.* 302, di obiettivi di deflazione processuale, i quali, invece, sono ritenuti fondamentali nel meccanismo *ex artt.* 20 ss. Dlgs. 758/94.

5.3 Ambito di applicazione.

Il perimetro entro il quale trova applicazione l'art. 302 dlgs. 81/2008 è dato da tutte le contravvenzioni punite con la pena dell'arresto³⁵⁶. Secondo il testo previgente la sostituzione della pena poteva avvenire solo per i reati previsti dal dlgs. 81/2008. Questa limitazione è venuta meno con la riscrittura del testo della norma.

È possibile notare, infatti, che l'espressione utilizzata dal legislatore sembrerebbe lasciar spazio alla tesi di un'applicazione estensiva della norma anche oltre i confini

³⁵⁵ Gargani, cit., pag. 414.

³⁵⁶ Salvatore Dovere, cit.

delle violazioni in materia prevenzionistica, ma, il secondo comma della norma farebbe supporre che debba pur sempre trattarsi di una violazione prevenzionistica³⁵⁷.

Volgendo lo sguardo al testo dell'intero decreto (81/2008) possiamo osservare che sono presenti solo due reati puniti con la pena dell'arresto: quello previsto all'art. 14, comma 10, consistente nella violazione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale disposto ai sensi del medesimo articolo, e quello previsto all'art. 55, comma 2, integrato dall'omissione degli obblighi ai quali fa riferimento il comma 1 dell'art. 55³⁵⁸.

Per quel che concerne la prima fattispecie, occorre considerare che solo se il provvedimento è emesso per inosservanza delle norme prevenzionistiche la sua violazione è punita con l'arresto. Riguardo alla seconda ipotesi, è necessario segnalare che quella prevista al secondo comma dell'art. 55 è una circostanza aggravante del reato previsto al primo comma. Sembra, dunque, esclusa dall'ambito di operatività dell'art. 302³⁵⁹.

5.4 Requisiti della sostituzione. Effetto estintivo.

Per ottenere l'effetto della sostituzione è necessario che l'imputato ne faccia richiesta e che abbia tenuto una contro-

³⁵⁷ Art. 302, comma 2: « quando la violazione ha avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro, da cui sia derivata morte ovvero una lesione personale che abbia comportato l'incapacità di attendere alle ordinarie occupazioni ».

³⁵⁸ Salvatore Dovere, cit, pag. 809.

³⁵⁹ Salvatore Dovere, cit.

condotta atta ad eliminare il danno o il pericolo. L'istituto in esame si fonda, quindi, su una sostituzione facoltativa³⁶⁰ della pena detentiva con quella pecuniaria e non sulla rinuncia *tout court* alla pena.

La decisione sull'applicazione della sanzione sostitutiva spetta al giudice di cognizione in sede di pronunzia della sentenza di condanna, a seguito, come poc'anzi accennato, di apposita istanza dell'imputato e del comportamento *post factum* tenuto dallo stesso. Lo scopo di questa fattispecie è quello di realizzare la maggior tutela possibile della salute dei lavoratori, consentendo al reo di godere di un beneficio inerente il trattamento sanzionatorio nonostante che il suo comportamento "positivo" sia venuto ad esistenza solo in una fase avanzata del giudizio³⁶¹.

La sostituzione non è gravata da limiti temporali e procedurali dal momento che il legislatore ha utilizzato termini compatibili anche con il giudizio in secondo grado, quindi la richiesta di sostituzione della pena detentiva può essere avanzata anche in sede di appello, nel rispetto delle regole sulle impugnazioni³⁶². In dottrina³⁶³, è stata criticata l'eccessiva dilatazione del termine entro cui riparare soprattutto perchè non dà alcun impulso alla tempestiva

³⁶⁰ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in Reati contro la salute e la dignità del lavoratore, Torino, 2012, pag. 415.

³⁶¹ Salvatore Dovere, cit, pag. 808.

³⁶² Salvatore Dovere, cit., pag. 811.

³⁶³ Valentini, La sostanziale continuità fra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro in AA.VV, Il Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il dlgs 81/2008 e il dlgs 106/2009, a cura di Galantino, Torino, 2009, 305., pag. 150; Salvatore Dovere, cit, pag. 813.

regolarizzazione delle condizioni di lavoro, con la conseguenza paradossale che proprio nei casi più gravi può aversi una più prolungata esposizione al pericolo dei lavoratori.

La sostituzione della pena dell'arresto con la pena dell'ammenda avviene sulla base del criterio di ragguaglio sancito all'art. 135 del c.p., e può avvenire purchè non sia inferiore a 2000 euro, e soltanto per la pena dell'arresto non superiore a 12 mesi.

L'espresso riferimento all'art. 135 c.p. rende inapplicabile la speciale previsione di cui all'art. 53 comma 2 della legge 689/1981. In forza dell'art. 53 di tale legge, non vi è un solo valore pecuniario equivalente ad un giorno di pena detentiva, ma ve ne sono molteplici, identificabili fra un minimo e un massimo, e quindi, se il giudice ritenesse di determinare la pena in dodici mesi di arresto, la pena pecuniaria sarebbe determinabile tra un minimo di 91.250 ad un massimo di 912.500 euro. Grazie al coinvolgimento dell'art. 135 c.p., oggi, il massimo attingibile dalla pena pecuniaria sostitutiva risulta essere 91.250 euro.

La valutazione discrezionale del giudice si inserisce in un quadro normativo che collega la sostituzione della pena a istanze special-preventive, in presenza di ulteriori condizioni oggettive, di carattere positivo e negativo. Dal primo angolo visuale, la sostituzione può essere operata dal giudice solo quando siano state eliminate tutte le fonti di rischio e le conseguenze dannose del reato. Per quanto riguarda

l'eliminazione delle fonti di rischio è stato osservato³⁶⁴ che non ci si può limitare alla regolarizzazione formale della funzione prevenzionistica, essendo invece necessaria la neutralizzazione della fonte di rischio immanente all'attività nel corso della quale si è verificata l'irregolarità³⁶⁵.

Secondo un diverso orientamento dottrinale, « la gravità delle condotte punite con la sola pena dell'arresto è tale da rendere difficilmente pensabile un'assenza di conseguenze dannose ³⁶⁶». In forza di questa impostazione, la commutazione della pena detentiva in pena pecuniaria sarà praticabile nei soli casi in cui l'effetto della condotta del datore di lavoro sia stato quello di aumentare il rischio di verificazione degli infortuni. Nel caso in cui l'eliminazione del rischio non sia possibile, l'art. 302 non trova applicazione.

Si deve sottolineare, inoltre, che non è necessaria la prescrizione da parte dell'organismo di vigilanza, in quanto, per questo profilo della procedura premiale si restituisce all'autorità giudiziaria il potere di valutare autonomamente il merito tecnico e giuridico della questione.

Il nuovo meccanismo sembra applicabile anche ai reati istantanei e questo deriva dal fatto che, oltre alla eliminazione delle fonti di rischio, si fa riferimento alla

³⁶⁴ Pisani, Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pag. 838, sottolinea che nelle attività rischiose per i lavoratori, l'eliminazione delle fonti di rischio può comportare il blocco dell'attività produttiva rischiosa.

³⁶⁵ Gargani, cit., pag. 416.

³⁶⁶ Morgante, La tutela penale della sicurezza del lavoro dal pericolo al rischio in *St. iuris*, 2009 pag. 70.

neutralizzazione delle conseguenze dell'offesa, che si sia conclusa in modo istantaneo e senza possibilità di essere elisa³⁶⁷.

Per quel che riguarda l'effetto estintivo, è necessario osservare che, questo, non è immediato, ma, presuppone il decorso di tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza; presuppone inoltre, che l'imputato, in quel periodo, non abbia commesso ulteriori reati della stessa indole. Alcuni ritengono che questo modello sia simile, per certi versi, a quello previsto all'art. 163 c.p. in tema di sospensione condizionale della pena, altri, invece, lo ritengono assimilabile a quello della riabilitazione *ex art.* 179 c.p., in quanto si tratta di una sorta di "messa alla prova" del datore di lavoro che abbia commesso le violazioni più gravi fra quelle previste nel decreto, il quale può beneficiare dell'estinzione del reato nel caso in cui ponga in essere l'eliminazione delle conseguenze del reato e che, successivamente, non commetta ulteriori reati lesivi dei medesimi interessi (salute e sicurezza dei lavoratori).

6. Illeciti amministrativi in materia di sicurezza dei lavoratori: art. 301 *bis* dlgs. 81/2008.

Il dlgs. 106/2009 ha introdotto nel Testo Unico una

³⁶⁷ Valentini, La sostanziale continuità fra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro in AA.VV, Il Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il dlgs 81/2008 e il dlgs 106/2009, a cura di Galantino, Torino, 2009.

ulteriore disposizione - l'art. 301 bis³⁶⁸ – che contempla una nuova ipotesi di estinzione agevolata degli illeciti amministrativi a seguito di regolarizzazione. Con il citato decreto è stato introdotto un procedimento estintivo concernente gli illeciti amministrativi puniti con sanzione pecuniaria.

Si tratta di un meccanismo estintivo la cui operatività è limitata al settore del lavoro e della legislazione sociale e che non può essere azionato dagli ispettori sanitari, in quanto i loro poteri di vigilanza riguardano la diversa materia della salute e sicurezza del lavoro.

Per garantire l'effettività della reazione punitiva e il ripristino della legalità, si estende all'ambito amministrativo lo strumento della regolarizzazione³⁶⁹: con l'art. 301 *bis*, anche in materia di salute e sicurezza del lavoro e anche gli ispettori sanitari, unitamente agli ispettori operanti presso le Direzioni del lavoro, hanno il potere di indurre il trasgressore a regolarizzare la propria condotta entro il termine stabilito. L'incentivo al ripristino della legalità è rappresentato, infatti, dal premio dell'estinzione dell'illecito, tale premio viene ottenuto dal trasgressore che si adopera ad eliminare le conseguenze dannose della propria condotta, associando la contro-condotta al pagamento di un quarto

³⁶⁸ Art. 301 bis: "In tutti i casi di inosservanza degli obblighi puniti con sanzione pecuniaria amministrativa il trasgressore, al fine di estinguere l'illecito amministrativo, è ammesso al pagamento di una somma pari alla misura minima prevista dalla legge qualora provveda a regolarizzare la propria posizione non oltre il termine assegnato dall'organo di vigilanza mediante verbale di primo accesso ispettivo."

³⁶⁹ Gargani, cit, pag. 419.

della sanzione (se la sanzione è prevista in forma fissa). La regolarizzazione tardiva viene ritenuta assimilabile alla mancata regolarizzazione, quindi, in questi casi verrà notificato l'illecito amministrativo, con ammissione al pagamento *ex art. 16 legge 689/81*.

La nuova disposizione introduce un meccanismo autonomo di estinzione. Sotto il profilo delle modalità procedurali, il legislatore detta una normativa scarna, dovuta essenzialmente alla conformazione strutturale degli illeciti amministrativi previsti nel dlgs. 81/2008: trattandosi di violazioni di obblighi formali di natura documentale, l'attività di regolarizzazione del trasgressore non dovrebbe essere tecnicamente complessa³⁷⁰. Altri, invece, sottolineano come l'indeterminatezza e il carattere provvisorio della disciplina procedurale ponga come necessarie delle integrazioni, rese problematiche dall'affinità dell'istituto con altri - la diffida e la prescrizione - ovvero con la disciplina generale delle sanzioni amministrative, con sviluppi incerti, che non favoriscono la funzione di incentivazione alla regolarizzazione *post factum*³⁷¹.

L'ispettore tecnico delle AUSL o della DPL è obbligato a redigere il verbale di primo accesso ispettivo al termine della prima giornata di indagini, consegnandolo al soggetto sottoposto ad ispezione. Tale verbale deve contenere

³⁷⁰ Guidi, Regime sanzionatorio e cause di estinzione degli illeciti sulla sicurezza del lavoro, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro* di Giunta, Michelotti, 2010, pag. 962.

³⁷¹ Salvatore Dovero, Sicurezza ed estinzione agevolata di illeciti puniti con sanzione pecuniaria, in *Giuridica lav.*, 2010 I, pag. 32.

l'annotazione delle operazioni compiute durante l'espletamento delle prime attività di indagine, con particolare riguardo alle circostanze di fatto oggetto di ispezione³⁷².

Il riferimento al verbale di primo accesso è finalizzato a permettere all'O.d.V. di condurre un'agevole conclusione degli accertamenti, essendo acquisiti gli elementi rilevanti a fini probatori, sia a consentire al datore di lavoro di esercitare il proprio diritto di difesa, essendo a conoscenza dei fatti sui quali è stato investigato a seguito dell'ispezione³⁷³.

L'ispettore dovrà fissare un termine congruo per la regolarizzazione da parte del trasgressore. Una volta regolarizzata la propria posizione, il trasgressore verrà automaticamente ammesso al pagamento della sanzione minima e, il relativo adempimento comporterà l'estinzione dell'illecito.

In dottrina esiste un'opinione³⁷⁴ secondo la quale, la contestazione della violazione in esame è un atto obbligatorio, in quanto esso è capace di incidere sulla procedibilità dell'illecito amministrativo ed è azionabile soltanto per violazioni sanabili, ossia in tutti i casi in cui

³⁷² Rausei, *Illeciti e sanzioni – il diritto sanzionatorio del lavoro*, IPSOA 2011, pag. 27 ; Salvatore Dovero, *Sicurezza ed estinzione agevolata di illeciti puniti con sanzione pecuniaria*, in *Giuda lav.*, 2010 I., pag. 28.

³⁷³ Rausei, cit.

³⁷⁴ Valentini, *La sostanziale continuità fra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro in AA.VV., Il Testo unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il dlgs 81/2008 e il dlgs 106/2009*, a cura di Galantino, Torino, 2009, 305. , pag. 287

l'interesse protetto dalla norma può essere recuperato.

Altra parte della dottrina, al contrario, osserva come la regolarizzazione amministrativa si differenzi nettamente dalla diffida, in quanto la relativa disciplina fa riferimento a tutti i casi di inosservanza degli obblighi puniti con sanzione pecuniaria amministrativa, senza alcun riferimento alla sanabilità della stessa³⁷⁵.

6.1 (*segue*): art. 302 *bis* dlgs. 81/2008.

L'art. 144 comma 2 del dlgs. 106/2009 ha introdotto nel testo unico un'altra disposizione - l'art. 302 *bis* - che disciplina il potere di disposizione in capo agli ispettori del lavoro e ai funzionari della vigilanza delle ASL. Alcuni ritengono che la nuova norma costituisca una integrazione del potere di disposizione riconosciuto in via generale agli ispettori del lavoro.

La disposizione generale che disciplina tale potere - l'art. 10 del d.P.R. 502/1955 - conferisce agli organi di vigilanza il potere di integrare le norme prevenzionali a struttura elastica, attraverso la concretizzazione del precetto legislativo e di imporre nuovi obblighi prudenziali nel caso in cui le misure adottate dal datore di lavoro risultino inadeguate a garantire efficacemente la salvaguardia della sicurezza e della salute dei lavoratori³⁷⁶.

³⁷⁵ Rausei, cit; Salvatore Dovere, cit., pag. 30ss.

³⁷⁶ Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in Reati contro la salute e la dignità del lavoratore, Torino, 2012, pag. 422.

Il dlgs. 106/2009 ha ridefinito il potere di disposizione dell'O.d.V., stabilendo che: « gli organi di vigilanza impartiscono disposizioni esecutive ai fini dell'applicazione delle norme tecniche e delle buone prassi, laddove volontariamente adottate dal datore di lavoro e da questi espressamente richiamate in sede ispettiva, qualora ne riscontrino la non corretta adozione, e salvo che il fatto non costituisca reato » (art. 302 *bis*, comma 1).

Il potere dispositivo in tal modo reintrodotta non costituisce una mera ripetizione di quello originario, questo in quanto, da un lato, potranno essere imposte soltanto misure aggiuntive o sostitutive, dall'altro, il nuovo istituto viene limitato al solo ambito amministrativo.

Dal primo angolo visuale, è stato evidenziato che la locuzione "disposizioni esecutive" designa « quelle istruzioni di carattere tecnico che servono a specificare in concreto, sotto il profilo pratico-operativo, il contenuto dei precetti antinfortunistici solo genericamente delineati a livello normativo dal legislatore ³⁷⁷».

Per controbilanciare il potere dei funzionari nella gestione delle attività di impresa, il comma 2 della disposizione in esame, prevede: " avverso le disposizioni di cui al comma 1 è ammesso ricorso, entro trenta giorni, con eventuale richiesta di sospensione dell'esecutività dei provvedimenti, all'autorità gerarchicamente sovraordinata

³⁷⁷ Guidi, Regime sanzionatorio e cause di estinzione degli illeciti sulla sicurezza del lavoro, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro*, di Giunta e Micheletti, 2010, pag. 965.

nell'ambito dei rispettivi organi di vigilanza, che decide il ricorso entro quindici giorni. Decorso inutilmente il termine previsto per la decisione il ricorso si intende respinto. Con riferimento ai provvedimenti adottati dagli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, la autorità gerarchicamente sovraordinata è il dirigente della Direzione Provinciale del Lavoro territorialmente competente.".

Secondo l'impostazione prevalente, in caso di inottemperanza alla disposizione in esame è applicabile la sanzione prevista dall'art. 11 comma 2 del d.P.R. 520/1955, che prevede la pena dell'arresto fino ad un mese o l'ammenda fino a 412 euro se l'inosservanza riguarda disposizioni impartite dagli ispettori del lavoro in materia di sicurezza o igiene del lavoro.

CAPITOLO IV

Esperienze straniere e prospettive di riforma.

1. Premessa.

Oggetto del presente capitolo è in primo luogo, l'analisi, sia pur sintetica, di strumenti ed effetti riconducibili alla c.d. giustizia riparativa presente in alcuni ordinamenti europei, con lo scopo di comprendere la logica che permea il diritto penale negli ultimi anni, non solo in Italia ma anche all'estero.

In secondo luogo, l'attenzione si focalizza di nuovo sul diritto interno, e l'obiettivo è quello di delineare l'estensibilità di strumenti fondati sulla riparazione del danno in altri ambiti del nostro ordinamento, con riferimento, in particolare, alla diffamazione a mezzo stampa, ai reati contro l'ambiente, volgendo lo sguardo, infine, alla corruzione.

1.1 Cenni su alcune delle principali esperienze straniere.

In questi anni si assiste ad una inversione di tendenza nel diritto penale. In molti paesi, infatti, sono state introdotte delle previsioni volte a garantire, *ex post*, il ripristino della situazione precedente all'illecito, in particolare, sono stati previsti vari meccanismi imperniati sulla tutela *in extremis* dei beni giuridici protetti dalla norma incriminatrice, nel caso in cui quest'ultima non abbia funzionato. Questi meccanismi "riparatori" sono finalizzati alla ricomposizione del bene giuridico, e realizzano una peculiare funzione politico-criminale.

Queste ipotesi sono riconducibili alla giustizia riparativa e, dunque, ad un «un modello di giustizia che coinvolge la vittima il reo e la comunità nella ricerca di soluzioni al conflitto allo scopo di promuovere la riparazione, la riconciliazione e il rafforzamento del senso di sicurezza». Si tratta di uno strumento di intervento flessibile che permette, dove possibile, di evitare la pena e, in certi casi, anche il processo. Comprende una varietà di programmi e modalità, in sostituzione della pena o del processo, che rappresentano strategie per la riparazione e composizione del conflitto «cercando di superare la logica del castigo». Questo tipo di giustizia è finalizzata alla tutela delle vittime del reato attraverso la riparazione del danno (economico, fisico e psicologico) e la creazione di strategie d'intervento che rispettino il dolore subito dalla vittima³⁷⁸.

³⁷⁸ Atti del seminario conclusivo del progetto M.E.D.I.A.Re. 2004, in *giustizia.it*

A questo punto, è necessario volgere lo sguardo agli ordinamenti europei che hanno introdotto quel tipo di meccanismo.

Preliminarmente, è necessario mettere in evidenza che a seconda del momento in cui avviene la riforma del sistema sanzionatorio vi è maggiore o minore apertura verso il meccanismo di "giustizia riparativa". Quanto più sono recenti le riforme, tanto maggiore è la tendenza all'utilizzo di tale strumento.

In questa prospettiva, notiamo che la giustizia riparativa è divenuta una priorità in Ungheria per la c.d. *National Strategy for Community Crime Prevention*. Lo stesso in Repubblica Ceca dove, la giustizia riparativa è il paradigma dominante rispetto alle tecniche di *diversion*. Ancora, nell'ordinamento scozzese sono stati introdotti degli organismi atti a veicolare logiche di intervento a base mediatore/riparativa, le c.d. *Problem solving courts*, questo con riferimento ai reati commessi sotto l'uso di sostanze stupefacenti, ma è probabile che vengano estese anche per la gestione di altri reati. Infine, nella legislazione francese è presente la giustizia riparativa, ma la giurisprudenza della Corte di Cassazione è contraria all'utilizzo di tale strumento.

È necessario rilevare che, per certi aspetti, si assiste ad una sorta di "globalizzazione giudiziaria", in quanto i giudici dei vari paesi tendono ad affermare e sostenere principi giuridici comuni³⁷⁹.

³⁷⁹Fiandaca, Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pag. 48.

In alcune legislazioni le condotte riparatorie hanno rilevanza autonoma, in altre, invece, sono collegate alla mediazione penale ma, indipendentemente da questa differenza, in entrambi i casi le condotte riparatorie possono assumere una valenza diversa: sanzione, prescrizione con messa alla prova, prescrizione in caso di ammonimento, meccanismo estintivo, circostanza attenuante.

2. Effetti delle condotte riparatorie.

Le condotte riparatorie possono produrre diversi effetti che devono essere esaminati separatamente.

- Il meccanismo sospensivo.

È il modello previsto in Repubblica Ceca, nel quale è presente la sospensione del procedimento (per 6 mesi o 2 anni) con una sorta di messa alla prova che comprende condotte riparatorie e deve avvenire all'interno dell'udienza preliminare. Questo meccanismo può essere utilizzato per tutti i reati colposi e dolosi per i quali sia prevista una pena non superiore a cinque anni di reclusione.

I requisiti necessari per ottenere l'estinzione del reato sono: l'ammissione della colpevolezza, la riparazione di ogni conseguenza dannosa o l'impegno a riparare, le restituzioni, il deposito di una somma di denaro per il fondo statale a garanzia delle vittime, e infine le misure interdittive.

Ulteriore esempio di questo modello lo troviamo in Ungheria. La riparazione, in questo caso, è strettamente

legata alla mediazione fra autore del reato e vittima dello stesso, questa è supportata economicamente dallo Stato ed è dettagliatamente disciplinata dalla legge³⁸⁰. La mediazione, infatti, è il presupposto della riparazione e, l'accordo di riparazione concluso attraverso la mediazione può avere: *a)* efficacia estintiva, per i reati puniti con pena non superiore a tre anni e per i reati commessi da minori; *b)* efficacia di circostanza attenuante per i reati puniti con pena detentiva compresa fra 3 e 5 anni.

- Il meccanismo estintivo.

Un primo metodo è quello della Repubblica Ceca, dove si prevede che, nel corso del procedimento penale, la corte, con il consenso della vittima e del reo, oppure durante l'udienza preliminare con il consenso del *prosecutor*, possono prendere atto di un accordo con efficacia estintiva se il reo ha: ammesso la propria colpevolezza, riparato ogni conseguenza dannosa o si è impegnato a riparare, effettuato restituzioni, depositato una somma di denaro nel fondo statale a garanzia delle vittime. È necessario poi che l'accordo sia adeguato alla natura e alla gravità del reato, agli effetti sulla collettività e alle condizioni economiche del reo.

Un altro modello è quello Ungherese, dove le condotte di mediazione possono avere: efficacia estintiva per i reati contro la persona, contro il patrimonio e collegati alla circolazione stradale puniti con una pena non superiore a tre anni e per i reati commessi dai minori, oppure, efficacia di

³⁸⁰ ACT CXXIII 2006 in *kormany.hu*

circostanza attenuante per i reati puniti con pena compresa fra 3 e 5 anni.

Notiamo che, è presente una limitazione per materia e per limite di pena alla possibilità di ricorrere alla mediazione/riparazione³⁸¹.

In Francia, è possibile rinunciare alla applicazione della pena se la persona ha riparato interamente il danno e viene percepita la sua rieducazione.

- La sanzione.

Il modello francese trova il suo fondamento nell'art. 131-8-1³⁸² del codice penale, ai sensi del quale è possibile stabilire al posto della pena o congiuntamente ad essa un obbligo risarcitorio o, se la vittima acconsente, può essere stabilita un'attività di riparazione. L'autore del reato può anche pagare un'altra persona affinché compia il *facere* riparativo al suo posto. Il giudice deve controllare la correttezza dell'adempimento e, in caso di violazione stabilire la sanzione.

L'Italia prevedeva un modello analogo a quest'ultimo nella normativa pre-unitaria, in particolare, nel Codice Estense di metà Ottocento e il *facere* riparativo consisteva nella formulazione di scuse formali.

³⁸¹ L'applicazione di questo istituto è in crescita: nel 2007 copre l'1.9 dei casi giudiziari con soddisfazione delle vittime pari all'80%.

³⁸² Loi n 2007-297 du mars 2007 – art. 64 Jorf 7 mars 2007.

2.1 (*segue*): Giustizia riparativa nell'ordinamento inglese.

Un discorso a parte merita l'ordinamento giuridico inglese, dove esistono tre tipi di giustizia riparativa. Per i giovani delinquenti che commettono illeciti appartenenti ad alcune categorie di reato, la corte deve ordinare il rinvio del caso ad una giuria di giovani che hanno commesso un reato precedentemente, queste giurie sono chiamate *Youth Offender Panels* (Giurie di Giovani Colpevoli), che comprendono volontari formati, ma sono disponibili solo per giovani delinquenti che compaiono in tribunale per la prima volta, e che hanno confessato reati non troppo gravi; perciò i delinquenti adulti, i recidivi e i delinquenti "cronici" sono esclusi³⁸³.

Per gli adulti, il giudice può ordinare una "sentenza comunitaria" (simile alla c.d. libertà vigilata) comprendente alcuni requisiti per le "attività specifiche", che possono includere "attività il cui scopo è quello della riparazione, così come attività che comportano il contatto tra colpevoli e vittime"³⁸⁴

Infine, una persona condannata, o la vittima, può richiedere un incontro riparativo; questo include anche i condannati a pene detentive³⁸⁵.

³⁸³ Martin Wright in «Mediaries», n. 17-18, 2011, pag. 50.

³⁸⁴ Criminal Justice Act del 2003, sec. 201

³⁸⁵ Martin Wright cit, pag. 50.

3. Diffamazione. Generalità.

Il reato di diffamazione, di cui all'art. 595 c.p.³⁸⁶, rientra nella categoria dei delitti contro l'onore, disciplinati nel Capo II del Titolo XII "Dei delitti contro la persona" del Libro II del codice e consiste nel fatto di chiunque, fuori dai casi di ingiuria di cui all'art. 594 c.p., comunicando con più persone offende l'altrui reputazione.

Con l'incriminazione della diffamazione si realizza la tutela dei riflessi oggettivi dell'onore, vale a dire la considerazione e la stima propria dell'individuo all'interno della collettività sia sotto il profilo morale che sociale. Il reato è caratterizzato: *a)* dall'offesa dell'altrui reputazione; *b)* dall'assenza dell'offeso, occorre infatti che questi non sia presente al momento della condotta criminosa e che non si verifichino quei fatti che la legge equipara alla presenza (comunicazioni telefoniche, telegrafiche, scritti o disegni diretti alla persona offesa); *c)* dalla comunicazione con più persone ovvero dalla presa di contatto con soggetti diversi dall'offeso al fine di renderli partecipi di fatti lesivi della reputazione di costui³⁸⁷.

Con riferimento alla diffamazione dei comma 1 e 2 è

³⁸⁶ Con il progetto A.C. 925 approvato dalla Camera dei Deputati è stata eliminata la pena della reclusione ed è stato irrigidito il trattamento sanzionatorio previsto per la sanzione pecuniaria (multa da 3000 a 10000; in caso di attribuzione di fatto determinato è fino a 15000).

³⁸⁷ Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1119 "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante", 2013 n. 81 ufficio ricerche, pag. 9.

competente il giudice di pace, mentre per i casi disciplinati dai seguenti comma è competente il tribunale in composizione monocratica³⁸⁸. Questa differenza è motivata dalla maggiore gravità delle ipotesi previste dal terzo e quarto comma nei quali la pena prevista è quella della reclusione da sei mesi a tre anni o della multa superiore a 516 euro³⁸⁹.

3.1 Diffamazione a mezzo stampa.

Per chiarire cosa si intenda con i termini “stampa” e “stampati” è necessario fare riferimento alla definizione dettata, ad altri fini, dall’articolo 1 della c.d. Legge sulla stampa - legge 8 febbraio 1948, n. 47 (“Disposizioni sulla stampa”) - mentre con l’espressione “altro mezzo di pubblicità”, secondo l’interpretazione dottrinaria comune³⁹⁰, si intendono tutti gli altri mezzi divulgativi, diversi dalla stampa, quale la trasmissione radiofonica o televisiva, la rappresentazione cinematografica, internet, annunci o espressioni amplificate dall’altoparlante o megafono in pubbliche manifestazioni o spettacoli. Per atto pubblico, infine, dovrebbe intendersi non soltanto quello in senso formale, ma qualsiasi atto destinato alla pubblicità.

In virtù dell’uso privilegiato della stampa come mezzo di

³⁸⁸ Dossier, cit.

³⁸⁹ Con il progetto A.C. 925 cit., viene eliminata nel terzo comma la pena della reclusione sostituendola con l'aumento di pena della metà; il quarto comma viene abrogato.

³⁹⁰ F. Mantovani, Diritto penale, Parte speciale I, 2008, pp. 313 e ss.

commissione dell'illecito, la disciplina contenuta nella citata legge 47/1948, contenendo disposizioni speciali sulla diffamazione, si integra con quella codicistica penale e civile.

Nel caso di diffamazione aggravata per l'attribuzione di un fatto determinato si prevede la pena della multa da 258 a 2.582 euro ovvero della permanenza domiciliare da 6 giorni a 30 giorni o dal lavoro di pubblica utilità per un periodo da 10 giorni a 3 mesi, qualora il medesimo fatto sia commesso con il mezzo della stampa è prevista una sanzione più grave: ai sensi dell'art. 13 della legge 47/1948, infatti, la diffamazione a mezzo stampa, consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, comporta la pena della reclusione da uno a sei anni e quella della multa non inferiore a 258 euro.

L'aggravante citata era prevista originariamente per la sola stampa. Successivamente, l'art. 30 della legge 6 agosto 1990, n. 223 ("Disciplina del sistema radiotelevisivo pubblico e privato") ha esteso la stessa aggravante anche alla radio ed alla televisione, pubblica e privata³⁹¹.

Secondo l'art. 12 della legge, poi, la persona offesa può chiedere, oltre il risarcimento dei danni ai sensi dell'art. 185 del c.p., il pagamento di una somma a titolo di riparazione, la cui entità è determinata dal giudice in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato.

In riferimento alla diffamazione a mezzo stampa va ricordato, inoltre, che la dottrina³⁹² e la giurisprudenza³⁹³

³⁹¹ Dossier, cit, pag. 11.

³⁹² Mantovani, cit, pag. 503.

³⁹³ Cass. pen., sent. 18 ottobre 1984, n. 5259.

sono ormai concordi nel riconoscere nella scriminante prevista all'art. 51 c.p. il punto di riferimento del diritto di cronaca, in quanto, è inerente alla libertà di manifestazione del pensiero ed alla libertà di stampa riconosciute dall'art. 21 della Costituzione. Il diritto di cronaca può essere esercitato anche quando ne derivi una lesione dell'altrui reputazione purché vengano rispettate determinate condizioni, individuate grazie ad una lunga elaborazione interpretativa. In primo luogo, la verità³⁹⁴ delle notizia pubblicata, vale a dire nella corrispondenza tra i fatti accaduti e quelli narrati; in secondo luogo, l'utilità sociale dell'informazione, in relazione all'attualità e alla rilevanza dei fatti narrati; e, infine, l'esigenza che l'informazione sia mantenuta nei limiti della oggettività e in una forma espositiva necessariamente corretta (requisito della continenza). La carenza anche di uno solo di questi requisiti rende prevalente il diritto inviolabile dell'onore del singolo individuo, rendendo illecita la manifestazione del pensiero; l'esercizio del diritto di cronaca non è più configurabile ed il fatto integrerà gli estremi del reato di diffamazione.

³⁹⁴ Con riferimento a questo elemento vi sono posizioni diverse in giurisprudenza. Da una parte (v. Cass. pen., sez V, 4 ottobre 2005, in CED n. 233039), chi ritiene che vi debba essere la piena ed assoluta corrispondenza della notizia narrata al vero, dall'altra parte (v. Cass. pen., sez V, 4 dicembre 1996, in CED n. 206908), chi sostiene, invece, che sia sufficiente la verosomiglianza della notizia e quindi il giornalista è scriminato qualora abbia sottoposto a verifiche la notizia ed è stato indotto in errore non colpevole.

3.2 La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa.

Premessa.

Dopo un dibattito durato più di tre anni, la Camera dei deputati ha approvato un articolato in materia, che nasce dall'unificazione dei progetti discussi negli anni precedenti.

La complessità dell'*iter* legislativo appare chiaramente legata alla rilevanza sociale degli interessi in gioco, realizzando un bilanciamento tra libertà di informazione e di espressione, diritto di cronaca e di critica da un lato (art. 21 Cost.), e tutela della reputazione del soggetto passivo dall'altro (art. 2 e 3 Cost.).³⁹⁵

Il testo del disegno di legge approvato dalla Camera il 26 ottobre 2004 è, come rilevato poc'anzi, un testo nel quale sono stati unificati molti disegni di legge in precedenza presentati da diversi parlamentari e sui quali si era acceso un dibattito.

Si trattava di disegni di legge con contenuti divergenti fra loro e, proprio per questo motivo si creò una situazione di stallo nei lavori parlamentari. La situazione ha iniziato a sbloccarsi il 30 luglio 2004, quando la seconda Commissione Giustizia della Camera deliberò a favore di un testo unificato nel quale, furono inseriti i punti essenziali sui quali era stato trovato un accordo fra maggioranza e opposizione³⁹⁶.

³⁹⁵ Manna, La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa- profili penalistici, in "Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Trento il 18 marzo 2005", a cura di Melchionda e Pascuzzi, 2005, Trento, pag. 44.

³⁹⁶ Melchionda, La Riforma della legge sulla stampa- lineamenti generali, in Diritto di cronaca e tutela dell'onore cit., pag. 14.

3.2.1 (*segue*) Il valore della rettifica.

L'aspetto che qui più interessa è relativo alla rettifica quale causa di non punibilità e la relativa disciplina.

Con l'art. 1, secondo comma lett. a) del progetto di legge n. 3176 si modifica il secondo comma dell'art. 8 della legge sulla stampa, precisando che, nell'ipotesi di pubblicazioni quotidiane, le dichiarazioni o le rettifiche dei soggetti devono essere esenti da qualunque tipo di commento. La precisazione non è condivisibile, in quanto, precludere *ex lege* la replica può risultare eccessivamente limitante, essendo legislativamente stabilito (art. 8, comma 1 legge sulla stampa) che le dichiarazioni e le rettifiche non debbano avere un contenuto suscettibile di incriminazione penale³⁹⁷.

Ciò che appare maggiormente criticabile è la disparità di trattamento che tale modificazione normativa realizza, tra l'ipotesi di dichiarazioni o rettifiche su pubblicazioni quotidiane e le ipotesi di dichiarazioni o rettifiche effettuate su stampa periodica³⁹⁸. In relazione a queste ultime il progetto non prevede una limitazione analoga. La contraddittorietà e l'incoerenza della previsione realizzano di fatto una disparità di trattamento.

Inoltre, la pubblicazione di dichiarazioni o rettifiche da parte dell'autore della diffamazione rientrano nell'ambito delle cause di non punibilità, quindi la sua conformità ai

³⁹⁷ Manna, cit., pag. 65.

³⁹⁸ Manna, cit.

parametri legislativi è condizione necessaria affinché si realizzi questo beneficio. Da ciò discende che sia del tutto irragionevole far dipendere la non punibilità da requisiti legislativi distinti in quanto le due situazioni sono sostanzialmente identiche.

3.2.2 (*segue*): la rettifica nell'ambito delle trasmissioni radiofoniche o televisive e in internet.

Con l'art. 1, secondo comma lett. *b*) del progetto n. 3176 vengono specificate le modalità da seguire nel caso di rettifiche nell'ambito di trasmissioni radiofoniche o televisive e all'interno di siti internet, per i quali si prescrive un termine di decadenza, per la pubblicazione della rettifica, di 48 ore dalla richiesta nonchè l'identità di caratteristiche grafiche, metodologiche di accesso e visibilità della notizia diffamatoria³⁹⁹.

È necessario rilevare che, prima della disciplina introdotta con la legge 223/1990, la regolamentazione della legge sulla stampa era applicabile soltanto ai reati commessi a mezzo stampa, e non a quelli realizzati con strumenti radiofonici o televisivi via etere, laddove la disciplina della legge 47/1948 era stata estesa dalla legge 103/1975 soltanto ai reati commessi utilizzando la televisione privata via cavo⁴⁰⁰. Questo comportava che la diffamazione a mezzo stampa venisse punita in maniera più grave rispetto al

³⁹⁹ Manna, cit., pag. 67.

⁴⁰⁰ Manna, cit., pag. 68.

medesimo reato commesso attraverso trasmissioni televisive o telematiche via etere che avevano un più mite trattamento sanzionatorio⁴⁰¹.

Le incoerenze di tale regime non sono state, tuttavia, eliminate del tutto con la legge 233/1990, il cui art. 30 dispone, al comma quarto, che « nel caso di reati di diffamazione commessi attraverso trasmissioni, consistenti nell'attribuzione di un fatto determinato, si applicano ai soggetti di cui al primo comma le sanzioni previste dall'art. 13 della legge 8 febbraio 1948, n. 47 ». Questa disciplina è applicabile soltanto ai soggetti ivi richiamati, ossia il concessionario privato o la concessionaria pubblica, e la persona da loro delegata al controllo della trasmissione.

Il progetto in esame non ha eliminato tale discrasia e disparità di trattamento.

3.2.3 (*segue*): La rettifica su richiesta della persona offesa.

L'art. 1, quinto comma del progetto n. 3176 nel modificare l'art. 13 della legge 47/1948, introduce, al comma terzo, una peculiare causa di non punibilità, relativa all'ipotesi di adempimento, da parte dell'autore della diffamazione a mezzo stampa, e consistente nell'attribuzione di un fatto determinato, della pubblicazione di dichiarazioni o rettifiche entro sette giorni dalla richiesta della persona offesa.

Questa disciplina rappresenta il risultato degli emendamenti apportati al testo originario volti ad eliminare,

⁴⁰¹ Manna, cit.,

dal novero delle cause di non punibilità dell'autore della diffamazione, l'ipotesi della spontanea dichiarazione o rettifica. È singolare come gli emendamenti abbiano conseguito il risultato di eliminare l'unica ipotesi normativa conforme al paradigma assiologico delle cause di non punibilità⁴⁰². L'ipotesi della pubblicazione della smentita, in quanto proveniente dall'autore del reato ed essendo spontanea, è da ritenersi conforme alla *ratio* sottesa alle cause di non punibilità, da identificarsi nella prospettiva della reintegrazione del bene giuridico offeso dal reato⁴⁰³.

Non vale lo stesso, invece, per l'ipotesi di pubblicazione della rettifica su richiesta della persona offesa dal reato, proprio in quanto non è presente un'autonoma e spontanea scelta da parte dell'autore dell'offesa di reintegrare il bene giuridico leso e di eliminare le conseguenze dannose del reato.

La disciplina introdotta con il progetto n. 3176 ha snaturato l'istituto della rettifica, che dovrebbe avvenire spontaneamente e non su richiesta dell'interessato.

⁴⁰² Manna, cit., pag. 72.

⁴⁰³ Padovani, La soave inquisizione, in Riv. it. dir. proc. pen., 1981, pag. 529.

3.3 "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale, al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna al querelante".

Il progetto di legge A.C. 925 – presentato dal deputato Costa – è stato approvato dalla Camera dei deputati il 17 ottobre 2013 e trasmesso al Senato il giorno successivo (A.S. 1119)⁴⁰⁴.

L'art. 1 del progetto di legge modifica la legge 47/1948 in più punti⁴⁰⁵ fra i quali qui interessa quello relativo alla non punibilità dell'autore del reato in caso di rettifica. A tal fine, il giudice deve valutare la corrispondenza della rettifica alla legge.

Con questa modifica viene eliminata l'incogruenza

⁴⁰⁴ Dossier, cit., pag. 17.

⁴⁰⁵ a) estende l'ambito di applicazione della disciplina sulla stampa alle testate giornalistiche *on line*; b) modifica la disciplina della rettifica, la quale, deve essere pubblicata gratuitamente senza commento, senza risposta, senza titolo, e con l'indicazione che si tratta di rettifica riferita ad un determinato articolo individuato con la data di pubblicazione e con il nome dell'autore; c) prevede una disciplina specifica per la rettifica in caso di testate giornalistiche *on line*, di trasmissioni televisive o radiofoniche; d) stabilisce che della procedura di rettifica può avvalersi direttamente l'autore dell'offesa nel caso di inerzia del direttore del giornale; e) modifica dell'importo della sanzione amministrativa per l'inadempimento all'obbligo di rettifica; f) prevede che per decidere l'ammontare del danno per il risarcimento, il giudice deve tener conto della diffusione quantitativa e della rilevanza nazionale, locale del mezzo di comunicazione usato; g) elimina la pena della reclusione; h) l'autore del reato non è punibile se vie è stata la rettifica, il giudice deve valutare la corrispondenza della rettifica alla legge perchè possa prodursi l'effetto della non punibilità; i) introduce la pena accessoria della pubblicazione della sentenza e che nel caso di recidiva con nuovo delitto non colposo della stessa indole si applichi la pena accessoria dell'interdizione dalla professione di giornalista per un periodo da un mese a sei mesi; l) con la sentenza di condanna il giudice dispone la trasmissione degli atti all'ordine professionale competente per l'applicazione della sanzione disciplinare; m) si applica la disciplina del codice penale sull'esclusione della prova liberatoria, sulla querela della persona offesa e sull'estinzione del reato. V. Dossier, cit.

presente nel testo precedente, in forza della quale, in caso di rettifica spontanea - da parte dell'autore del reato - non si produceva l'effetto della non punibilità. Questa soluzione, come poc'anzi accennato, è stata molto criticata in dottrina⁴⁰⁶, in quanto la logica sottesa alle cause di non punibilità (sopravvenute) è quella fondata su un ravvedimento del reo consistente in una condotta di segno contrario a quella precedente, volta all'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose del reato commesso. Accettando la rettifica "spontanea" tale logica viene rispettata pienamente, e in questo modo si incentiva l'autore del reato a rettificare spontaneamente la notizia diffamatoria. Una volta effettuata la rettifica, per prodursi la non punibilità, spetta al giudice valutarne la conformità rispetto alla legge.

Inoltre, notiamo che, come per tutte le altre cause di non punibilità sopravvenuta, anche in questo caso l'interesse protetto dalla norma "premiale" corrisponde a quello protetto dalla norma penale incriminatrice. La norma incriminatrice ha "fallito" nel momento in cui il reato è stato commesso ma, non tutto è perduto, in quanto, l'autore del reato attraverso la rettifica ha la possibilità di fermare la progressione dell'offesa e quindi di evitare che si crei un danno irreparabile. Attraverso la sua contro-condotta va ad eliminare l'offesa al bene giuridico e per incentivare questi comportamenti "positivi" l'ordinamento garantisce il massimo premio, la non punibilità.

⁴⁰⁶ v. Padovani cit.

4. Reati contro l'ambiente. Premessa.

In materia di illeciti ambientali, l'interesse pubblico, prevalente rispetto all'istanza repressiva, è quello di eliminare i danni o i pericoli causati dall'uomo all'ambiente. Qualora sia possibile, il ripristino delle condizioni di equilibrio ecologico rappresenta l'obiettivo prioritario: esso può essere conseguito sia *ex ante*, grazie alla minaccia di sanzioni punitive dotate di efficacia generalpreventiva, sia, *ex post*, una volta che sia stato commesso l'illecito, mediante la previsione di meccanismi estintivi della punibilità, incentrati sull'eliminazione dell'offesa all'ambiente ad opera dello stesso autore dell'illecito. In altri termini, si cerca di incentivare l'autore del reato a porre in essere condotte riparatorie, affinché il pericolo creato non si tramuti in un danno irreparabile per l'ambiente e per le persone.

4.1 Testo Unico sull'Ambiente: art. 257 (*cenni*).

L'art. 257⁴⁰⁷ del T.U. (Dlgs. 152/2006) prevede che è

⁴⁰⁷ Art. 257 T.U.: "Chiunque cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio è punito con la pena dell'arresto da sei mesi a un anno o con l'ammenda da duemilaseicento euro a ventiseimila euro, se non provvede alla bonifica in conformità al progetto approvato dall'autorità competente nell'ambito del procedimento di cui agli articoli 242 e seguenti. In caso di mancata effettuazione della comunicazione di cui all'articolo 242, il trasgressore è punito con la pena dell'arresto da tre mesi a un anno o con l'ammenda da mille euro a ventiseimila euro. Si applica la pena dell'arresto da un anno a due anni e la pena dell'ammenda da cinquemiladuecento euro a cinquantaduemila euro se l'inquinamento è

punito chiunque cagiona l'inquinamento del suolo, del sottosuolo, delle acque superficiali o delle acque sotterranee con il superamento delle concentrazioni soglia di rischio, se non provvede alla bonifica dei siti inquinati in conformità ai progetti approvati ai sensi degli artt. 242 ss. dello stesso Dlgs.

La bonifica viene considerata una causa sopravvenuta di non punibilità, volta al ripristino dello *status quo antea*. È dunque, un *post-fatto* che si pone sullo stesso piano degli interessi protetti dalla fattispecie: una condotta omogenea al piano dell'offesa, che opera nel senso di eliminarla, ed è frutto di una decisione volontaria del soggetto medesimo⁴⁰⁸.

Con riferimento alle condotte riparatorie nella normativa in materia di scarichi e rifiuti, possiamo rilevare che, secondo la formulazione letterale dell'art. 257, comma 4, T.U. Ambiente, "l'osservanza dei progetti approvati ai sensi degli articoli 242 ss." ha efficacia esimente per "i reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento". La norma, certamente apprezzabile nella sua *ratio* premiale-ripristinatoria, appare costruita con tecnica legislativa incerta. Risulta, difatti, incongruo il generico riferimento ai

provocato da sostanze pericolose.

Nella sentenza di condanna per la contravvenzione di cui ai commi 1 e 2, o nella sentenza emessa ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, il beneficio della sospensione condizionale della pena può essere subordinato alla esecuzione degli interventi di emergenza, bonifica e ripristino ambientale.

L'osservanza dei progetti approvati ai sensi degli articoli 242 e seguenti costituisce condizione di non punibilità per i reati ambientali contemplati da altre leggi per il medesimo evento e per la stessa condotta di inquinamento di cui al comma 1.

⁴⁰⁸ Andrea Di Landro, Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali "si perdono", in *penalecontemporaneo.it*.

“progetti approvati ai sensi degli artt. 242 ss.”, che ricomprendono non solo le procedure operative e amministrative svolte dall'inquinatore (art. 242 T.U.), ma anche le bonifiche operate dai proprietari dell'area non responsabili della contaminazione (art. 245 T.U.), e infine dall'amministrazione pubblica (art. 250 T.U.). Dunque, anche in queste ultime due ipotesi, l'inquinatore potrebbe invocare la non punibilità, facendo leva sul mero dato oggettivo dell'avvenuta bonifica, anche se effettuata da altri soggetti.

Altre perplessità residuano con riferimento alla previsione di un trattamento più severo per i fatti dal più modesto impatto ambientale (ad esempio un deposito incontrollato di rifiuti), non estinguibili mediante il mero ripristino dello *status quo antea*⁴⁰⁹. Per tali ipotesi la riparazione del danno vale come circostanza attenuante comune, secondo le regole generali dell'art. 62, n. 6, c.p.; come attenuante speciale per i reati in materia di scarichi e tutela dei corpi idrici, ai sensi dell'art. 140 T.U. Ambiente (sanzione diminuita dalla metà a due terzi). Non si comprende il motivo di una tale disparità di trattamento, soprattutto in virtù della modesta portata offensiva di tali illeciti.

⁴⁰⁹ Andrea Di Landro, Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilità penali “si perdono”, in *penalecontemporaneo.it*.

4.2 Reati contro l'ambiente: il disegno di legge approvato il 24 luglio 2007 dal Consiglio dei Ministri.

A questo punto, è interessante analizzare lo schema di disegno di legge governativo approvato il 24 luglio 2007 dal Consiglio dei Ministri (mai giunto al termine del suo *iter* istituzionale) in materia di "delitti contro l'ambiente". In questo provvedimento venivano previste alcune fattispecie premiali volte a temperare il rigore sanzionatorio che ispirava tutta l'iniziativa legislativa⁴¹⁰.

In questa direzione, assume rilievo l'art. 3 del progetto di legge, nel quale si prevede l'estensione della procedura estintiva della prescrizione o oblazione contrattata (dlgs. 758/1994) agli illeciti ambientali.

La scelta di estendere *tout court* alle contravvenzioni in materia ambientale la procedura di cui al dlgs. 758/94 comporta che la disciplina si conformi a determinati principi e criteri direttivi e cioè, per le contravvenzioni in materia di tutela delle acque dall'inquinamento, di emissioni in atmosfera e di gestione dei rifiuti e di bonifica dei siti contaminati, il reato si estingue qualora il contravventore adempia alle prescrizioni impartitegli dall'organismo di vigilanza che sono dirette ad eliminare la violazione, e abbia versato una somma pari a un terzo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione. Inoltre, qualora il pubblico ministero venga a conoscenza della contravvenzione ne dà notizia

⁴¹⁰ Art. 452 *sexiesdecies* prevede una causa di non punibilità per colui che rimuova il pericolo ovvero elimini il danno da lui provocato con il reato.

all'organismo in modo che quest'ultimo possa impartire la prescrizione necessaria ad eliminare la violazione.

L'estensione del modello estintivo anche in materia di tutela dell'ambiente assicura, oltre al ripristino delle condizioni di equilibrio ambientale, l'adeguamento degli impianti alle disposizioni vigenti e la limitazione del ricorso al sequestro penale.

L'eventuale estensione del dlgs. 758/94 a questa materia pone, peraltro, di fronte alla necessità di compiere alcune scelte di fondo.

Anzitutto, è necessario comprendere quale sia il campo di applicazione del meccanismo estintivo e quindi, se questo possa avere rilevanza generale, oppure, sia necessario escludere le contravvenzioni che abbiano ad oggetto sostanze pericolose. In secondo luogo, è necessario valutare se l'ambito di applicazione della procedura comprende solo le contravvenzioni di natura permanente o anche le violazioni di carattere istantaneo. Inoltre, un problema si pone per la previsione nel dlgs. 152/2006 (T.U. Ambiente) di contravvenzioni punite con la sola pena dell'arresto. In questi casi, nell'ambito della sicurezza sul lavoro è stata introdotta una norma apposita – l'art. 302 – la quale prevede una conversione della pena, fondata sulla stessa logica di eliminazione del danno o del pericolo sottesa al meccanismo estintivo degli artt. 20 ss. del dlgs. 758/94.

Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe, in ambito ambientale, ricorrere alla previsione di un duplice modello:

per le contravvenzioni punite con la pena dell'ammenda o con pena alternativa, l'applicazione degli artt. 20 ss. Dlgs. 758/94; per le contravvenzioni punite con la pena dell'arresto, invece, la stessa disciplina prevista nella sicurezza del lavoro all'art. 302 (Dlgs. 81/2008) e quindi la conversione della pena detentiva in pecuniaria.

Tale estensione potrebbe comportare il sorgere di alcuni problemi di carattere pratico e concreto. Ad esempio, in caso di inquinamento idrico, per le ipotesi di effettuazione di scarichi in difetto o in difformità di autorizzazione oppure con superamento di limiti, le possibilità di una concreta regressione dell'offesa ad opera dell'autore del fatto sono scarse se non, addirittura, nulle.

Si pone, dunque, la necessità di coordinare la previsione di cause sopravvenute di non punibilità con la vigente e complessa disciplina in tema di bonifica dei siti (art. 257 T.U. Ambiente).

In altri termini, si tratta di armonizzare l'introduzione dei già citati meccanismi estintivi a seguito di adempimento della prescrizione con l'attuale disciplina dei poteri di diffida della P.A.⁴¹¹.

4.3 Reati contro l'ambiente: Dlgs. 121/2011.

Il 7 luglio il Consiglio dei Ministri ha varato il Dlgs. n. 121/2011⁴¹², attuativo di due importanti direttive sulla

⁴¹¹ v. artt. 242 ss. T.U. Ambiente.

⁴¹² Il decreto è attuativo della legge delega n. 96/2010 (c.d. legge comunitaria

tutela penale dell'ambiente (2008/99/CE) e sull'inquinamento provocato da navi (2009/123/CE).

La tutela penale dell'ambiente è rimasta imperniata su reati di pericolo astratto contenuti nelle vigenti discipline di settore (acqua, rifiuti, aria), senza alcun riferimento a decessi o lesioni gravi o a danni significativi per l'ambiente⁴¹³.

Il dlgs. n. 121/2011, si limita ad introdurre due nuove fattispecie penali (uccisione, distruzione, cattura ecc. di esemplari di specie animali o vegetali selvatiche protette, artt. 727 *bis* c.p.; distruzione o deterioramento di habitat, art. 733 *ter*) e ad inserire nel corpo del d.lgs. 231/2001 (all'art. 25 *undecies*) un nuovo catalogo di reati ambientali presupposto, idonei a fondare la responsabilità dell'ente.

Il decreto legislativo in commento pone un problema di conformità rispetto ai criteri e ai principi direttivi della legge delega n. 96/2010 e, rispetto alle direttive europee oggetto di recepimento.

4.4 Reati contro l'ambiente: progetto di legge del 2013.

Il testo, approvato all'unanimità dalla Commissione Giustizia della Camera il 18 dicembre 2013, è ora all'esame dell'Aula.

2009) ed entrerà in vigore il 16 agosto 2013.

⁴¹³ Carlo Ruga Riva, Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale, in *penalecontemporaneo.it*, 2011, pag. 2.

Con questo progetto si esprime la volontà di introdurre un nuovo titolo all'interno del codice penale dove sono presenti i delitti dolosi di "inquinamento ambientale" (art. 452-*bis*), punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 10.000 a 100.000 euro, e di disastro ambientale (art. 452-*ter*), punito con la reclusione da quattro a venti anni; le rispettive ipotesi colpose sono punite con pene diminuite da un terzo alla metà (art. 452-*quater*).

Con riferimento all'argomento che qui più interessa, è necessario sottolineare che è stata introdotta la disposizione premiale rubricata "ravvedimento operoso". L'attenuante dalla metà a due terzi della pena si applica a colui che si attivi per evitare che la condotta illecita venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero a chi aiuti concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nella individuazione degli autori, nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti, ovvero provvede alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi.

La disposizione premiale⁴¹⁴ affianca ipotesi di

⁴¹⁴ Art. 452-*sexies*. – (*Ravvedimento operoso*).– Le pene previste per i delitti di cui al presente titolo, per il delitto di associazione a delinquere di cui all'articolo 416 aggravato ai sensi dell'articolo 452-*quinqies* nonché per il delitto di cui all'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, sono diminuite dalla metà a due terzi nei confronti di colui che si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori, ovvero aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto, nell'individuazione degli autori, nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti, ovvero provvede alla messa in sicurezza, alla bonifica e, ove possibile, al ripristino dello stato dei luoghi. Ove il giudice, su richiesta dell'imputato, disponga la sospensione del procedimento per un tempo congruo a consentire di completare le attività di cui al primo comma, il corso della prescrizione è sospeso.

ravvedimento operoso ("si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori", "nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti", "nella messa in sicurezza", "nella bonifica", "nel ripristino dello stato dei luoghi"), ad altre di collaborazione processuale ("aiuta concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella ricostruzione del fatto", "nella individuazione degli autori"), utilizzando formule già conosciute (v. art. 630, comma 5 c.p.)

La novità, come accennato, sta nell'aggiunta della messa in sicurezza, della bonifica e, ove possibile, il ripristino dello stato dei luoghi quale ulteriore condotta premiata⁴¹⁵.

Con questa norma viene riconosciuta e confermata, ancora una volta, la logica riparatoria che, negli ultimi anni, permea il diritto penale. Difatti, anche in questa materia, è possibile ottenere l'attenuazione della pena attraverso il compimento, da parte del reo, di condotte finalizzate al ripristino dell'equilibrio ambientale. In questo caso, il premio consiste nella mera attenuazione della pena poichè, come già evidenziato, nei reati ambientali è molto difficile dal punto di vista concreto, eliminare le conseguenze dannose o pericolose, o comunque, ripristinare concretamente e pienamente la situazione precedente, questo problema pratico giustifica il cambiamento di "rotta" tra la proposta del 2007, la quale prevedeva l'estensione del Dlgs. 758/94 in materia di reati contro l'ambiente, e quella

⁴¹⁵ Carlo Ruga Riva, Commento al testo base sui delitti ambientali approvato dalla commissione giustizia della camera, in *penalecontemporaneo.it*, 2014.

del 2013, che prevede una circostanza attenuante. Infatti, fin da subito, riguardo alla proposta del 2007 vennero sollevati dubbi circa la possibile estensione della disciplina prevista al Dlgs. 758/94 in ambito ambientale.

E' necessario notare come questo intervento normativo preveda le misure reintegratorie come prestazione cui subordinare il premio, invece di prevederle come obbligo conseguente alla condanna. Si deve rilevare, inoltre, che alcuni dei reati-presupposto dei delitti ambientali in esame prevedono essi stessi la rimessione in pristino e la bonifica come obblighi nascenti dalla sentenza di condanna o di "patteggiamento", come avviene per i reati di discarica abusiva e di traffico organizzato di rifiuti ai sensi dell'art. 256, comma 3 e 260, comma 4 del Dlgs. 152/2006.

Nonostante questo, sarebbe opportuno inserire nell'articolato una norma che imponesse al giudice la rimessione in pristino e la bonifica in caso di condanna per i delitti inseriti nel nuovo titolo.

5. Progetto di legge in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio.

La lotta alla corruzione e ai reati che normalmente si pongono con essa in rapporto di interdipendenza funzionale (falso in scritture contabili, reati fiscali, riciclaggio e autoriciclaggio) costituisce uno degli obiettivi politico-criminali più rilevante a livello europeo e internazionale, al

punto che le principali convenzioni in materia esprimono la preoccupazione per le conseguenze generate da pratiche corruttive diffuse: cattiva allocazione delle risorse pubbliche, alterazione delle regole sulla concorrenza, sistemi fiscali regressivi, riduzione degli investimenti diretti esteri⁴¹⁶. Si tratta di elementi che ostacolano lo sviluppo economico del Paese e che necessitano di una adeguata ed urgente modifica del quadro normativo in materia. Questi fenomeni sono spesso legati alla criminalità organizzata, infatti, la corruzione è lo strumento utilizzato dalla mafia per espandere il proprio potere in contesti socio-economici « poco permeabili all'intimidazione e alla violenza », ⁴¹⁷ passando dalla gestione dei mercati illegali alla gestione dei mercati legali.

Un primo "spiraglio" di riforma si è intravisto con la legge 6 novembre 2012 n. 190, la quale, però, si è limitata ad inserire nel nostro ordinamento figure di reato, fra l'altro, già utilizzate nella maggior parte dei Paesi europei. Questo intervento non può considerarsi completo ed è assolutamente necessario renderlo tale, di modo che si possa finalmente rappresentare una svolta decisiva nel contrasto alla corruzione.

L'8 maggio 2013, con l'assegnazione alla Seconda Commissione permanente (Giustizia) del Senato, è iniziato l'*iter* parlamentare del disegno di legge S-19. Questo

⁴¹⁶ Relazione al testo della proposta definitiva 2013, in *senato.it*

⁴¹⁷ v. Relazione al testo cit.

progetto è finalizzato all'introduzione di molte innovazioni⁴¹⁸, fra cui una previsione, quella dell'art. 323 *bis* che, in origine, conteneva una circostanza attenuante per i casi di minore gravità, mentre con il disegno di legge in esame, si è ritenuto di dover stabilire che la "riduzione di pena da un terzo alla metà, per i delitti di corruzione e

⁴¹⁸ v. Grasso, Iniziato l'iter parlamentare del nuovo disegno di legge in materia di corruzione, voto di scambio, falso in bilancio e riciclaggio in *penale contemporaneo.it* 2013. Il progetto prevede molte innovazioni: un allungamento dei termini massimi di prescrizione in presenza di atti interruttivi per i delitti di peculato, concussione, corruzione e induzione indebita; il reinserimento dell'incaricato di pubblico servizio tra i possibili soggetti attivi del delitto di concussione di cui all'art. 317 c.p.; l'innalzamento a dieci anni di reclusione della pena massima prevista per la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio (art. 319 c.p.) in luogo degli attuali otto; la sostituzione del quadro edittale attuale (reclusione da tre a otto anni) con quello della reclusione da quattro a dieci anni (lo stesso previsto dal progetto per la corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio) per il delitto di induzione indebita di cui all'art. 319 *quater* c.p. e, soprattutto, l'abrogazione del secondo comma di tale norma, che prevede la punibilità del privato autore della dazione o della promessa; un obbligo di corresponsione, da parte del condannato per i delitti di peculato, concussione, corruzione e induzione indebita, di una somma a titolo di "riparazione pecuniaria" pari all'ammontare dell'indebito pagamento ricevuto dal p.u. o dall'incaricato di p.s., in favore dell'amministrazione di appartenenza di quest'ultimo; l'innalzamento a cinque anni di reclusione della pena massima prevista per l'abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.; la previsione di una riduzione di pena da un terzo alla metà per i delitti di corruzione e induzione indebita in favore di chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite; l'innalzamento a cinque anni di reclusione della pena massima prevista per il delitto di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346 bis c.p.; una radicale riscrittura dell'art. 2635 c.c. in materia di corruzione tra privati, con scomparsa del requisito del nocumento alla società e della punibilità a querela; una modifica del delitto di scambio elettorale politico-mafioso di cui all'art. 416 ter c.p., ampliato a ricomprendere la condotta di chi abbia ottenuto, o si sia adoperato per ottenere, la promessa di voti prevista dal terzo comma dell'art. 416 bis in cambio, oltre che della promessa o dell'erogazione di denaro o di altra utilità (come già oggi previsto), anche "della disponibilità a soddisfare gli interessi o le esigenze dell'associazione mafiosa" o dei suoi associati; la trasformazione in delitto (punibile con la reclusione da uno a cinque anni) del reato di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c., riscritto in modo da abbracciare qualsiasi comunicazione falsa concretamente idonea a trarre in inganno i destinatari della comunicazione a prescindere da qualsiasi soglia quantitativa; la previsione, all'art. 2622 c.c., di pene più severe nel caso in cui il fatto di cui all'articolo precedente concerna società quotate nei mercati regolamentati, ovvero che emettono o garantiscono strumenti finanziari negoziati in mercati regolamentati o comunque diffusi tra il pubblico in maniera rilevante; la previsione di una circostanza aggravante a effetto speciale nel caso in cui i fatti di false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 abbiano cagionato un danno grave

induzione indebita, è possibile in favore di chi si sia efficacemente adoperato per evitare che l'attività delittuosa fosse portata a conseguenze ulteriori, per assicurare le prove dei reati e per l'individuazione degli altri responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite".

Degna di nota è la perfetta armonia di questa proposta di legge con i già citati progetti di riforma in materia di diffamazione e reati ambientali, con l'unica differenza che, in questo caso – come nell'ultimo progetto in materia di reati contro l'ambiente - si prevede solo l'attenuazione della pena. Rispetto al testo della norma precedente si è comunque fatto un passo in avanti verso la "direzione premiale". Si intende introdurre una circostanza attenuante fondata sulla controcondotta del reo, quindi, la logica di fondo è la stessa e, lo scopo è quello di incentivare il reo ad eliminare le conseguenze delle proprie azioni precedenti ed illecite. Nel testo originario (tutt'ora vigente) l'effetto attenuante consegue solo nei casi "di minore gravità", quindi non si dà nessun incentivo al reo di tenere una condotta ripristinatoria, con il nuovo testo, al contrario, il reo per ottenere il premio che, come ricordato, consiste nella riduzione della pena, deve adoperarsi per evitare che

ai soci, ai creditori, ai risparmiatori o alla società; la previsione della responsabilità dell'ente ex d.lgs. 231/2001 per i reati tributari di cui al d.lgs. 74/2000; l'introduzione di un nuovo delitto di "impiego e riciclaggio di denaro, beni ed altre utilità" (art. 518 *bis* c.p.), inserito in un nuovo Capo III-bis intitolato ai "delitti contro l'ordine economico e finanziario" e formulato in modo da colpire anche le condotte di autoriciclaggio, con correlativa previsione di pene accessorie (art. 518 *ter*), confisca per equivalente e allargata (518 *quater*), responsabilità amministrativa dell'ente da reato (art. 518 *quinquies*), obblighi di comunicazioni alle autorità di vigilanza e agli ordini professionali (art. 518 *sexies*), operazioni sotto copertura (art. 518 *septies*)

l'attività delittuosa produca conseguenze ulteriori.

In sintesi, notiamo che, da un lato, si incentiva una sorta di ravvedimento operoso del reo, e dall'altro, si prevede come effetto di tale contro-condotta la riduzione della pena. L'effetto è la riduzione della pena invece della non punibilità per il semplice fatto che siamo di fronte a delitti di una certa gravità, per i quali sono previste pene detentive importanti, ad esempio per la corruzione si prevede la pena da 4 a 8 anni di reclusione. Inoltre, l'effetto della non punibilità in senso stretto non sarebbe stato percepito come giusto dal resto della collettività, in quanto poteva considerarsi come un ulteriore modo per favorire i c.d. colletti bianchi, infatti, l'attenuante strutturata in questi "nuovi" termini rappresenta la "giusta via di mezzo" fra le varie esigenze in gioco (interesse della collettività, e interesse ad evitare che il reato arrivi a conseguenze ulteriori).

BIBLIOGRAFIA:

Manuali:

- Amarelli, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006.
- Amarelli, *Le ipotesi estintive delle contravvenzioni in materia di sicurezza del lavoro*, Napoli, 2008.
- Antolisei, *Manuale di diritto penale*, II, pag 501.
- Arturo Rocco, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913.
- Battaglini, *Diritto penale*, Padova, 1949.
- Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, 1802.
- Boscarelli, *Compendio di diritto penale – parte generale*, 1983, pag. 375.
- Camaioni, *Il concorso di persone nel reato*, 2009.
- Caravale, *Diritto e Clemenza. Il pardoning power in Gran Bretagna e negli Stati Uniti*, 2010.
- Carrara, *Programma del corso di diritto criminale*, 1859.
- Carrara, *Programma del corso di diritto criminale. Parte speciale*, vol. V, Lucca, 1870, pag 11.
- Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764.
- Contento, *Corso di diritto penale*, Roma, 2008, pag. 44.

- De Falco, *La repressione dei delitti e delle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene sul lavoro*, Padova, 2000.
- De Francesco, *Diritto penale - I fondamenti*, Torino, 2008.
- Di Martino, *La sequenza infranta*, Milano, 1998.
- Dovere, I procedimenti definitivi nella tutela penale della salute e sicurezza sul lavoro, in *Trattato di procedura penale*, vol. VII, Tomo II.
- Fiandaca - Musco, *Diritto penale parte generale*, 2010.
- Fiandaca - Musco, *Diritto penale parte speciale*, I, pag. 309.
- Fiandaca - Musco, *Diritto penale parte speciale*, 2007.
- Filangieri, *La scienza della legislazione*, 1780.
- Filippo Bottalico, Inquadramento dogmatico dell'art. 376 c.p., in *La ritrattazione - struttura e funzione fra diritto penale e processo*, 2011.
- Fiore, *I reati contro il patrimonio*, 2010.
- Flora, *Il ravvedimento del concorrente*, Padova, 1984,1.
- Gallo, *Il concetto unitario di colpevolezza*, Milano, 1951.
- Gargani, Criteri di definizione degli illeciti in materia di sicurezza e salute sul lavoro, in *Reati contro la salute e la dignità del lavoratore*, Torino, 2012.
- Garino, Estinzione del reato e della pena, in "*Il reato. Cause di esclusione e di estinzione del reato e della pena, forme di manifestazione e concorso di reati.*" ,

Torino, 2007.

- Giovagnoli, *Studi di diritto penale: parte speciale*, 2008.
- Guidi, Regime sanzionatorio e cause di estinzione degli illeciti sulla sicurezza del lavoro, in *Il nuovo diritto penale della sicurezza nei luoghi di lavoro* di Giunta, Michelotti, 2010.
- Manna, La nuova disciplina della diffamazione a mezzo stampa- profili penalistici, in "*Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Trento il 18 marzo 2005*", a cura di Melchionda e Pascuzzi, 2005, Trento.
- Mantovani, *Diritto penale, Parte speciale I*, 2008.
- Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, a cura di Nuvolone e Pisapia, Torino, 1993, pag.736
- Marinucci Dolcini, *Corso di diritto penale, le fonti, il reato: nozione, struttura e sistematica*, 2001.
- Melchionda, La Riforma della legge sulla stampa- lineamenti generali, in "*Diritto di cronaca e tutela dell'onore. La riforma della disciplina sulla diffamazione a mezzo stampa. Atti del convegno tenuto presso la facoltà di giurisprudenza dell'università di Trento il 18 marzo 2005*", a cura di Melchionda e Pascuzzi, 2005, Trento.
- Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre*

procedure concorsuali, Milano, 1955, pag. 157.

- Padovani, *Diritto penale*, Milano, 1990.
- Padovani, *Diritto penale*, Milano, IX Edizione.
- Padovani, *Il traffico delle indulgenze- premio e corrispettivo nella dinamica della punibilità*, 1986.
- Padovani, *L'utopia punitiva*, 1981.
- Pagliaro, *Principi di diritto penale*, Milano, 2007.
- Pagliaro, *Principi di diritto penale*, parte speciale, Milano, 2003, pag. 373.
- Paliero, *Il principio di effettività del diritto penale*, 1990.
- Pannain, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1950, pag. 507.
- Petrocelli, *Reato e punibilità*, 1960.
- Pisani, *La tutela penale delle prove formate nel processo*, Milano, 1959, pag. 224.
- Prosdocimi, *Profili penali del post fatto*, Milano, 1982, pag. 112.
- Rausei, *Illeciti e sanzioni – il diritto sanzionatorio del lavoro*, IPSOA 2011.
- Ruggiero, *Profilo sistematico delle falsità in giudizio*, Napoli, 1974, pag. 254.
- Schäfer, *Die privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat – Zugleich ein Beitrag zum Grundgedanken des Rücktritts vom Versuch und zu den Straftheorien*, 1992.

- Stortoni, *Estinzione del reato e della pena*, 1985.
- Valentini, Il meccanismo "ripristinatorio" ex artt. 19 ss. Dlgs. 758/1994. Ingiunzione ed eliminazione della situazione di pericolo: le ipotesi premiali nel diritto penale del lavoro, in Mazzacuva, Amati (a cura di), *Il diritto penale del lavoro*, Torino, 2007.
- Valentini, Il tasso di effettività del meccanismo estintivo e "ripristinatorio" in materia di sicurezza del lavoro (d. lgs. 758/1994), in Donini-Castronuovo (cur.), *La riforma dei reati contro la salute pubblica. Sicurezza del lavoro, sicurezza alimentare, sicurezza dei prodotti*, Padova, 2007.

Enciclopedie, Riviste e rassegne:

- Angioini, Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pag. 1446 ss.
- Angioini, Condizioni di punibilità e principio di colpevolezza, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, pag. 1464ss.
- Boscarelli, Banda armata, in *Enc. giur.*, vol. V, 1959 pag 37.
- Bricola, Cospirazione politica mediante accordo o associazione, in *Enc. giur.*, 1962, pag 129.
- Cernelutti, Rapporti tra il processo penale principale e il processo di falsa testimonianza, in *Riv. dir. proc. pen.*,

1957, I, p. 492.

- Cocco, La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato, in *penalecontemporaneo.it*, 2014
- D'Ascola V.N., Punti fermi e aspetti problematici delle condizioni obiettive di punibilità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, pp. 667 ss.
- Di Giovine, Codice penale- rassegna di giurisprudenza e dottrina, volume II, Milano, 2000, pag 645.
- Di Landro, Bonifiche: il labirinto della legislazione ambientale dove le responsabilita' penali "si perdono", 28 febbraio 2014, in *penalecontemporaneo.it*.
- Dossier del Servizio Studi sull'A.S. n. 1119 "Modifiche alla legge 8 febbraio 1948, n. 47, al codice penale e al codice di procedura penale in materia di diffamazione, di diffamazione con il mezzo della stampa o con altro mezzo di diffusione, di ingiuria e di condanna del querelante", 2013 n. 81 ufficio ricerche, pag. 9.
- Dovere, Sicurezza ed estinzione agevolata di illeciti puniti con sanzione pecuniaria, in *Guida lav.*, 2010 I.
- Fiandaca, Il diritto penale giurisprudenziale tra orientamenti e disorientamenti, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pag. 48.
- Giovanni Pioletti, Punibilità (Cause di esclusione della), in *Digesto X*, pag 526.
- Giuliani, Ancora sulla concezione normativa del delitto tentato, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1971 II, pag. 761.
- Giuliano Azzali, Insolvenza fraudolenta, in *Enc. giur.*,

pag 794.

- Giuliano Vassalli, Cause di non punibilità, in *Enc. giur.* VI, pag 624 ss.
- Granata, La ritrattazione nella falsa testimonianza e l'impossibilità giuridica di estinzione ai correi, in *Giust. Pen.*, 1957, II, pag. 720.
- Grosso, Cause di giustificazione, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1988, 1.
- La Cute, Falsa testimonianza, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIII, Roma 1989, pag. 11.
- Lanza, Falsa testimonianza, in *Giust. Pen.*, 1951, II, 894.
- Latagliata, La desistenza volontaria, s.l e s.d ma, 1964, pag. 157 ss.
- Lembo, in *Codice penale – rassegna di dottrina e giurisprudenza*, volume V "Delitti contro la personalità dello Stato".
- Lorusso, La riforma dell'apparato sanzionatorio in materia di lavoro: dalla legge 689 del 1981 al dlgs n. 758 del 1994, in *Mass. giur. lav.*, 1995, pag. 515.
- Maddalena, Ravvedimento operoso, in *Enc giur.*, XXXVIII, pag. 755.
- Mantovani, Insolvenza fraudolenta, in *Digesto VII*, pag. 123.
- Marconi, Stato, in *Enc., giur.*, pag. 662.
- Morgante, La tutela penale della sicurezza del lavoro dal pericolo al rischio in *St. iuris*, 2009 pag. 70.
- Nuvolone, Politica criminale e pentimento del reo, in

Indice penale, 1982, pag 143.

- Padovani, Commentario sistematico del codice penale, III, Art. 150-240, Milano, 2011, pag. 12.
- Padovani, Commento al Dlgs 758/94, in *Legislazione penale*, 1995.
- Padovani, Il nuovo volto del diritto penale del lavoro, in *Riv. trim. dir. pen. ec.* 1996-I.
- Padovani, La soave inquisizione, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1981.
- Pagliaro, Fatto, condotta illecita e responsabilità obiettiva nella teoria del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pag. 628.
- Pettenati, Ritrattazione della falsa testimonianza e cause estintive della punibilità, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1964, pag. 566.
- Pioletti, Evasione, in *Digesto*, vol. VI, 1960, pag 1047.
- Pulitanò, Igiene e sicurezza del lavoro (tutela penale) – Aggiornamento, in *Digesto*, Torino, 2000.
- Pulitanò, Sicurezza del lavoro: le novità di un decreto poco correttivo, in *Dir. pen e proc*, 2010.
- Ragno, Estinzione del reato e della pena, in *Enc. dir.*, 1966 pag. 954.
- Relazione al testo del disegno di legge S-19, 2013, in *senato.it*
- Romagnoli, Illeciti in materia di lavoro e nuove prospettive sanzionatorie, in *Riv. giur. Lav.*, 1977, IV, pag. 351 ss.

- Romano, Commentario al codice penale, Milano, 1995-1996.
- Romeo, Le Sezioni unite sul versamento di contributi previdenziali quale causa di non punibilità della precedente omissione, in *penale contemporaneo.it*, 30 Gennaio 2012.
- Ruga Riva, Commento al testo base sui delitti ambientali approvato dalla commissione giustizia della camera, in *penalecontemporaneo.it*, 2014.
- Ruga Riva, Il decreto legislativo di recepimento delle direttive comunitarie sulla tutela penale dell'ambiente: nuovi reati, nuova responsabilità degli enti da reato ambientale, in *penalecontemporaneo.it*, 2011.
- Ruggiero, Falsa testimonianza, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, pag. 542.
- Saltelli – Romano – Di Falco, Commento teorico pratico del nuovo codice penale, vol. II, pag 211.
- Siniscalco, Tentativo, in *Enc giur.* XXX, 1993, pag 8.
- Valentini, La sostanziale continuità fra il "vecchio" e il "nuovo" diritto penale della salute e della sicurezza del lavoro in AA.VV, Il Testo Unico in materia di salute e sicurezza sul lavoro: il dlgs 81/2008 e il dlgs 106/2009, a cura di Galantino, Torino, 2009, 305.
- Wright Martin in «*Mediaries*», n. 17-18, 2011.
- Zagnoni, Desistenza volontaria e riparazione del danno non patrimoniale, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 1983,

pag. 1306.

- Zanotti, punibilità (condizioni di), in *Digesto X*, 1995, pag 534 ss.

SITI INTERNET UTILIZZATI:

- www.camera.it
- www.giustizia.it
- www.governo.it
- www.kormany.hu
- www.penalecontemporaneo.it
- www.senato.it